<36622606250014

<36622606250014

Bayer. Staatsbibliothek

Rechtslexikon.

Dritter Band.

Confrontation — Erbſchaftstheilung.

Rechtslexikon

für

Juriſten aller teutſchen Staaten

enthaltend

die geſammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

Prof. Dr. **Arndts** in München; Advocat **Bopp** in Darmſtadt; Regierungs=rath **Buddeus** in Leipzig; Advocat **Gans** in Celle; Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Domherr, Ordinarius ꝛc. Dr. **Günther** in Leipzig; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobſon** in Königsberg; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Prof. Dr. **Luden** in Jena; Prof. Dr. **Maurenbrecher** in Bonn; Reichs= und Staatsrath von **Maurer** in München; Prof. Dr. **Michaelis** in Tübingen; Geheimen=Rath ꝛc. **Mittermaier** in Heidelberg; Hofrath Dr. **Puchta** in Leipzig; Prof. Dr. **Reyſcher** in Tübingen; Prof. Dr. **Richter** in Marburg; k. k. Appellationsrath Dr. **Tauſch** in Klagenfurt; Canzler ꝛc. Dr. von **Wächter** in Tübingen; Prof. Dr. **Weiß** in Gießen; Prof. Dr. **Wilda** in Halle; Prof. Dr. **Witte** in Halle; O.=J.=Rath von **Zirkler**, Mitglied des k. w. Staatsgerichtshofes ꝛc. in Tübingen und Anderen,

redigirt

von

Dr. Julius Weiske,

Profeſſor in Leipzig.

Dritter Band.

Confrontation — Erbſchaftstheilung.

Leipzig, 1841.

Verlag von Otto Wigand.

324 D

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Confrontation. Dieſes neulateiniſche Wort iſt offenbar gebildet aus frons, die Stirne[1]), und würde daher buchſtäblich ſo viel heißen, als ein Act, wobei zwei oder mehrere Individuen Stirn gegen Stirn geſtellt werden. Es iſt alſo bei der Confrontation weſentlich darauf abgeſehen, daß Perſonen, die ein gemeinſchaftliches Intereſſe haben, ihre Gedanken, ihre Wahrnehmungen ſich vorzuhalten und auszutauſchen, zuſammenkommen und ſich ausſprechen können. Immer mehr bürgert ſich dafür ein der teutſche Ausdruck Gegenſtellung, Entgegenſtellung, und es liegt hierin zugleich etwas Milderes, als in dem trotzigen Meſſen der Stirne, wobei die Keckheit mehr zu gewinnen ſcheint, als die Wahrheit.

Nach dem Urſprunge dieſes Rechtsinſtitutes forſcht man in den älteren Geſetzbüchern vergebens; doch ſcheint es zu gleicher Zeit mit der Carolina in den teutſchen Gerichten Eingang gefunden zu haben, indem ſchon Damhouder[2]) davon Erwähnung thut, und von da an alle bedeutenderen Criminaliſten[3]) und Lexikographen[4]) davon handeln[5]).

Es iſt begreiflich, daß die Gegenſtellung von der Zeit an, wo Erforſchung objectiver Wahrheit als Hauptzweck des Strafprozeſſes ſich herausbildete[6]), als eine nothwendige Vermittelung ſtarrer Gegenſätze erkannt

---

1) Fälſchlich wird zuweilen von Praktikern geſchrieben confrondatio. Auch in Joann. de Hein, prompt. iur. (1720), findet ſich dieſer Fehler. Griechiſch nach Budaeus: ἀντιπροσώπως ἱστάναι.

2) Praxis rer. crim. (Antwerp. 1562.) cap. XLVII.

3) Namentlich Carpzov, practica rer. crim. Pars III. quaest. CXIV. nr. 75—79, wo die Vorgänger citirt ſind; ſpäter Quiſtorp, Grundſätze des peinlichen Rechtes, Th. II, §. 713—721, und von da alle Lehrer des Criminalprozeſſes.

4) J. B. Chr. Diether, continuatio thes. pract. (Besoldiani 1699), J. de Hein l. c., J. Speidel, biblioth. iurid. univ. (1728) sub voce: confrontatio.

5) Vergl. auch den Aufſatz von L. v. Jagemann im neuen Archiv des Criminalrechtes, Jahrgang 1835, St. I.: Wann und wie findet im Strafprozeſſe Confrontation ſtatt? und J. Otto Tabor, de confrontatione disputationes V. (Giessae 1663.)

6) Henke, Handbuch des Criminalrechtes, Th. III. (Berlin 1838), ſagt S. 801: daß die materielle Wahrheit ausgemittelt werde, ſo weit ſie von Menſchen ausgemittelt werden kann, daß der Schuld die angemeſſene Strafe folge, daß den Unſchuldigen kein unverdientes, den Schuldigen kein zu ſchweres Uebel treffe: Alles das ſind Forderungen der Gerechtigkeit.

wurde. Oeffentlich mündliches Verfahren bedarf allerdings keiner ausdrücklichen Sanction dieſes Actes, da nicht nur alle Betheiligten verlangen können, bei der Abhör oder wenigſtens bei der Recapitulation der Ausſage aller Inculpaten und Zeugen anweſend zu ſein[7]), ſondern auch das Publicum eine beſtändige Controle abgibt; ja in England iſt ſogar das Kreuzverhör unter den Angeklagten und Zeugen geſtattet; aber das geheime Verfahren würde ein großes Unrecht begehen, wenn es nicht in einem beſonderen Acte den Inculpaten die gravirenden Zeugen vor die Augen ſtellen würde, — ein Unrecht theils gegen den möglicherweiſe unſchuldig Verfolgten, theils gegen das Geſetz, welches die genaueſte Aufklärung der Thatſachen erheiſcht.

Früher wußte die Praxis nur von einer Gegenſtellung der ſich wechſelſeitig beſchuldigenden Complicen und der disharmonirenden Zeugen[8]); inzwiſchen kam als Hauptact hinzu die Confrontation von Angeſchuldigten mit Zeugen. So lange man ſich aber jetzt ſchon dieſes Erforſchungsmittels bedient, ſo iſt doch noch keine feſte Regel dafür aufgeſtellt worden und Einige dehnen die Anläſſe zu deſſen Anwendung zu ſehr aus, während Andere es allzuſehr beſchränken. Um die wahre Methode zu finden, muß man auf den Grund der Sache, wie überall, zurückgehen.

Das Einzelverhör iſt und bleibt im Inquiſitionsprozeſſe Regel, und zwar aus verſchiedenen Urſachen; einmal, weil ſo wenig als möglich Zeugen dabei ſein ſollen, während ſich der Richter vertraulich mit Jemandem unterredet; dann, weil es die weſentliche Aufgabe des Inquirenten iſt, ohne Mitwirkung dritter Perſonen[9]) durch geſchickte Fragen eine wahrheitgemäße Depoſition zu erhalten; endlich, weil man für eine ruhige, leidenſchaftsloſe Erörterung[10]), wie ſie dem Gerechtigkeitsprincipe entſpricht, nicht mehr bürgen kann, ſobald ſich die Contradicenten gleichſam wie feindliche Parteien gegenübertreten. In der That liegt ſtets etwas Gehäſſiges darin, daß an einem Orte, wo die Wahrheitspflicht in vollem Maße gilt, Einer dem Anderen eine Unwahrheit, ja eine Lüge vorwirft.

Hieraus ergibt ſich von ſelbſt, daß Confrontation nur als ein Aus=

---

7) Rey, des institutions, Vol. I. p. 56. Vol. II. p. 335, 385. Mittermaier, das teutſche Strafverf. (3. Aufl. 1839) Bd. I, S. 163.

8) Damhouder l. c.: Quum duorum captivorum alter alteri crimen imponit et in delationibus discordant, iubet utrunque iudex sibi sisti; — similem quoque confrontationem exercet, quoties duo testes in materia criminali disconveniunt.

9) Martin, Lehrbuch des Criminalprozeſſes (4. Ausg. 1836), §. 63, 115, nennt als Hauptgrund die Vermeidung von Colluſionen; doch muß man hier weniger an Intriguen, als an die Möglichkeit einer unwillkürlichen Nachrednerei und Accomodation der Ausſagen denken. Vergl. übrigens v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Unterſuchungskunde (Frankfurt 1838), §. 509—512.

10) Heinroth, über die Wahrheit (Leipzig 1824), ſagt ſehr richtig S. 241: Die Wahrheit offenbart ſich objectiv durch Freiheit der Erkenntniß; ſubjectiv durch innere Einigkeit.

nahmsverhör[11]) betrachtet werden kann. Es fragt ſich aber, unter welchen Bedingungen dieſe Ausnahme eintreten darf und ſoll.

Der Richter hat vorerſt alle Perſonen, die dem Vermuthen nach irgend Auskunft über das vorliegende Verbrechen geben können, einzeln und ohne vorgefaßte Meinung zu vernehmen; ſind ſie alle abgehört, ſo bildet ſich ein Fürwahrhalten, aber noch keine Gewißheit, ſowie dieſe überhaupt der Unterſuchungsrichter nur denken, aber nie ausſprechen darf[12]), wenn er dem Spruchrichter nicht vorgreifen will. Eine Vergleichung der Ausſagen der Inculpaten und der Zeugen führt ihn auf mehr oder minder bedeutende Widerſprüche; ja man kann ſagen, daß in *keinem* Unterſuchungsfalle eine vollkommene, bis in die kleinſten Einzelheiten gehende Concordanz auf die erſte Abhör zu erzielen ſei. Sehr oft werden dieſe Widerſprüche zu löſen ſein durch weiteres ſpecielleres Verhör der Deponenten, und zwar theils durch das Anhalten zur Zergliederung aller Thatſachen, theils durch Veranlaſſung, die Gedächtnißkraft mehr anzuſtrengen, theils durch Erwecken einer richtigen Vorſtellung von der Wichtigkeit der Sache. Iſt der Deponent auf dieſem Wege nicht zur Abweichung von ſeinen erſten Angaben zu bringen, ſo folgt der Vorhalt der gegentheiligen Ausſagen, jedoch nur ſchrittweiſe und mit Vorſicht, damit nicht eine Nöthigung[13]) darin gefunden werde. Dieſer Vorhalt geſchieht zuerſt bei demjenigen, von dem man glaubt, er ſtehe mit dem *wahren* Thatverhalt in Widerſpruch, und bleibt dieß ohne Erfolg, ſo hält man ebenſo dem anderen Theile das Entgegenſtehende vor. Wenn dieſe Verſuche der Ausgleichung fruchtlos erſchöpft ſind, ſo entſteht erſt die Frage: ob zur Confrontation geſchritten werden müſſe. *Keine* Billigung verdient die Maxime mancher Praktiker, daß wegen eines *jeden* ungelöſten Widerſpruches Confrontation anzuordnen ſei[14]). Man darf nämlich nie vergeſſen, daß dieſer Act in der Regel für beide Theile ein höchſt *unan*=

---

11) *Diether* l. c. p. 140, iſt ſogar der Anſicht, daß es *nicht nothwendig* ſei, dieſen Act vorzunehmen: Confrontatio non est de substantia processus inquisitionis, nec omissa ipsum vitiat. Man kann aber einwenden: Es iſt *Alles* weſentlich, was die *Wahrheit* zu fördern vermag. Confrontationen liefern zwar ſelten, vielleicht unter zwanzigmal nur einmal, ein neues Ergebniß; aber ſchon dieſe Möglichkeit reicht hin, ſie dringend anzuempfehlen.

12) *Bolley*, Anweiſung zum Verfahren in Straffachen (Stuttgart 1809), ſagt: der Inquiſitor betrachte die Unterſuchung nicht als Mittel für die Verherrlichung ſeines Combinationsvermögens.

13) Dieß iſt der wahre Begriff einer verbotenen Suggeſtion. Nur wenn die Freiheit des Willens oder der Einſicht durch die Form einer Frage oder eines Vorhaltes beeinträchtigt werden kann, erſcheint dieſe ordnungswidrig. *Tittmann*, Handbuch der Strafrechtsw. Th. III, S. 362. — *Mittermaier*, das teutſche Strafverfahren, Th. I, S. 494, bemerkt ſehr richtig, daß überall, wo keine Folter und keine Lügenſtrafen mehr beſtehen, die Suggeſtion, ſobald ſie nur mit der nöthigen Vorſicht angewendet wird, keinem erheblichen Bedenken unterliegt. Vergl. jedoch *Martin* a. a. O. S. 137, 138.

14) *Kleinſchrod*, über die Nothwendigkeit, den Gebrauch der Confrontationen in peinlichen Prozeſſen einzuſchränken (Abhandl. I, N. 3). *Bolley* a. a. O. §. 140. *Martin* a. a. O. S. 285. *Stübel*, Criminalverfahren, Bd. VI, §. 2069.

genehmer iſt. Nicht immer iſt böſer Wille oder der Lügengeiſt Urſache des Widerſtreites in den Ausſagen; auch Irrthum, trübe Erinnerung und Phantaſie[15]) können zur falſchen Darſtellung einer Thatſache verleiten, und in ſolchen Fällen läßt ſich, wenn einmal der Vorhalt des Gegenſatzes vergeblich war, kaum erwarten, daß die Confrontation ein weiteres Reſultat herbeiführen werde. Denn was die Seele einmal nicht zu reproduciren vermag, deſſen kann ſich auch der Verſtand, trotz aller Ueberzeugungsgründe, nicht mehr lebendig bewußt werden. Man muß daher vor Allem unterſcheiden, ob das Subject, von dem man glaubt, daß es eine Thatſache unrichtig erzählt habe, von gutem oder zweideutigem Charakter iſt. Im erſten Falle wird man die Unannehmlichkeit ſo lange wie möglich zu erſparen ſuchen; auch bringt man dergleichen Perſonen gewöhnlich ſchon durch die Andeutung, daß es zur Gegenſtellung kommen könne, ſo weit, daß ſie ſagen: es ſei möglich, daß der Gegentheil Recht habe; daß ſie ihm vertrauen und ihre Meinung unterordnen wollten, wenn er ſtandhaft darauf beharre oder ſchwören könne[16]). Hat es dagegen den Anſchein, daß es nur auf Winkelzüge, auf Täuſchung und Trug bei dem Leugnen abgeſehen ſei, ſo kann die Gegenſtellung nur in ſeltenen Fällen umgangen werden. Immer bleibt aber die Rückſicht auf einen ehrenwerthen Contradicenten noch übrig, der ſich nur ungern einem frechen Lügner gegenüberſtellen ließe[17]). Iſt es ſchon an und für ſich eine der härteſten Staatsbürgerpflichten, gerichtliches Zeugniß ablegen zu müſſen, ſo wird die Forderung des Geſetzes um ſo läſtiger, wenn man ſich den Inſolenzen eines determinirten Verbrechers ausſetzen muß, und ginge auch der Act ohne directe Beleidigung vorüber, ſo iſt es einem honetten Menſchen ſchon peinlich, ſeine wohlüberlegte und durch Eid bekräftigte Ausſage als wahr nicht anerkannt zu ſehen und einem vielleicht ſchon durch den Anblick abſchreckenden Individuum dabei gegenüberſtehen zu müſſen[18]).

Aber nicht blos dieſe zarten Rückſichten, ſondern auch politiſche, müſſen den Inquirenten beſtimmen, die Confrontation ſo viel wie möglich einzuſchränken. Man kann nämlich annehmen, daß Leute, die ein=

---

15) Ja, es gibt ſogar Gewohnheitslügner, die blos aus Leichtſinn oder aus kleinlichen Rückſichten allem Erlebten in der Erzählung ein etwas verändertes Colorit geben. Vergl. Heinroth, die Lüge (Leipzig 1834), S. 173. Aber ſolche Subjecte vermag man durch ernſte Gewiſſensrührung doch meiſt zur Beſinnung zu bringen.

16) Man wird ſich mit einer ſolchen Erklärung um ſo mehr beruhigen können, als eine ausdrückliche Affirmation von dem Nichtverwerfen der entgegenſtehenden Ausſage materiell wenig verſchieden iſt.

17) Etwas Schimpfliches läßt ſich zwar, wie Mittermaier a. a. O. S. 405 bemerkt, in dem Act nicht erkennen; aber etwas Empfindliches, ja Verletzendes kann doch ein Gebildeter darin finden. Vergl. Tabor l. c. p. 132, 133, wo es unter Andern heißt: Honestum virum aut matronam ad confrontationem facile adigendam non esse.

18) Stübel a. a. O. §. 2068, hat Recht, wenn er behauptet, ein Jeder, der zur Ablegung des Zeugniſſes überhaupt verpflichtet ſei, habe kein Widerſpruchsrecht gegen die Confrontation. — Aber Gründe der Billigkeit können dagegen vorgebracht werden.

mal gerichtlich confrontirt ſind, von nun an ſich nicht mehr gut werden[19]), ja in Verfolgungen übergehen. Die bürgerliche Eintracht zu erhalten, gehört zu den ſchönſten Aufgaben der Regierung, und es darf daher ein Richter, als Handhaber der geſetzlichen Ordnung, am wenigſten zu einer leichtſinnigen Friedensſtörung ſich verleiten laſſen. Nur wenn das höhere Gebot, ein gerechtes Urtheil vorzubereiten, es erfordert, darf er ſolche Zerwürfniſſe herbeiführen, und auch dann iſt er noch zur höchſten Aufmerkſamkeit verpflichtet, widrigen Auftritten überall nach Kräften vorzubeugen.

Häufige Confrontationen haben aber auch den Nachtheil, daß die Entgegengeſtellten am Ende gleichgiltig dabei werden und, folgeweiſe, zum Widerrufe etwaiger Lügen ſich unter keiner Bedingung mehr bequemen. Deshalb wird es auch wieder weſentlich, die Confrontationen immer ſo kurz als möglich abzumachen. Im Irrthum iſt, wer da meint, ein Inculpat ſei um ſo eher zu erweichen, je länger er die Gewiſſensfolter aushalten muß, einem angeſehenen Zeugen gegenüberzuſtehen, der ſein Lügengebäude Wort für Wort zuſammenreißt; die Gewohnheit iſt die mächtigſte Herrſcherin in allen Sphären menſchlicher Handlung, und ſo gewöhnt ſich auch der Inculpat an den anfangs unheimlichen Anblick des Lügenfeindes und gewinnt zuletzt wohl gänzlich die nöthige Ruhe, um feſten Widerſtand zu leiſten[20]). Faßt man dagegen die Hauptpunkte in wenigen Sätzen zuſammen, ſo bleibt der Eindruck intenſiver und der Angeklagte kann ſich vielleicht in ſeiner Beſorgniß noch Manches hinzudenken, was der Gegner wiſſen dürfte, ohne es ausgeſprochen zu haben[21]).

Endlich ſoll nicht unerwähnt bleiben, daß der Inquirent ſeine koſtbare Zeit nicht auf überflüſſige Geſchäfte verwenden darf. Wie manchmal würden die Stunden, die mit unnöthigen, weitſchweifigen Confrontationen hingehen, beſſer zur gründlichen Erforſchung der Seelen- und

---

19) v. Jagemann, im neuen Archiv a. a. O. S. 51, 54. Es mag hier die Bemerkung eine Stelle finden, daß der Richter, ſobald er bei der Confrontation eine Drohung vernimmt, wohl daran thun wird, dieſelbe actenmäßig zu machen, und dem Drohenden zu erklären, daß nun ein geſetzliches Indicium gegen ihn begründet ſei, ſobald dem Bedrohten ein Leid geſchehe. P.-G.-O. Art. 32.

20) Deshalb darf auch die Confrontation nicht ſpäter als mehrere Tage nach dem Einzelverhör, wo dem Inculpaten der Widerſpruch vorgehalten wurde, vorgenommen werden; denn je länger dieſer darüber nachdenkt, deſto leichter wird es ihm, einen Ausweg zu finden, wie er an der Unannehmlichkeit vorbeikommen kann. Beſonders bei klugen und verſchmitzten Inquiſiten iſt es nothwendig, die Gegenſtellung der Zeugen ſo überraſchend und präcis als möglich einzuleiten. v. Jagemann, Handbuch der Unterſuchungskunde, §. 300—305.

21) Etwas Myſteriöſes kann, wenn es auch nur anſcheinend iſt, einen leugnenden Verbrecher ſo beunruhigen, daß er endlich ſeine Neugierde nicht mehr bezähmen kann, danach fragt und ſich zugleich gefangen gibt, weil er von Dingen ſpricht, die ihm vom Richter noch nicht vorgehalten wurden, wie z. B. wenn er von einem wortkargen Zeugen ſagt: der glaubt vielleicht, ich hätte ein Meſſer gehabt; da irrt er ſich aber ſehr.

Gemüthszuſtände im Augenblicke der That benutzt, worüber die Unterſuchungsacten ſo ſelten befriedigenden Aufſchluß geben[22].

Der Act der Gegenſtellung ſollte nur dann angeordnet werden, wenn es ſich um die Aufklärung von Thatſachen handelt, die *integrirend* zu den Beweisſätzen des *Thatbeſtandes*, der *Thäterſchaft* oder der behaupteten *Unſchuld* gehören[23].

Nebenumſtände, untergeordnete Specialitäten der Thatſachen, Vermuthungen und Dunkelheiten in den Ausſagen können daher in der Regel nicht die Confrontation herbeiführen, und wenn es hier einmal dazu kommt, ſo kann nur die *beſondere* Wichtigkeit des Falles es motiviren.

Hat der Richter den Act für nöthig erkannt, ſo entſteht wieder die Frage, ob er ihn den Betheiligten vorher *ankündigen* ſoll. Früher war dieß als ein Eſſentiale der Prozeßleitung erkannt, indem es dem Inculpaten geſtattet war, eine defensio pro avertenda confrontatione zu verſuchen. So intereſſant dieß iſt, weil es einen Beweis liefert, daß auch die älteren Juriſten die oben aufgeſtellte Anſicht, daß die Confrontation eine ſehr empfindliche Maßregel ſei, theilten, ſo iſt es doch zu loben, daß die Praxis dieſe Art der Defenſion[24], die nur dazu diente, die Unterſuchungen in die Länge zu ziehen, theils ausdrücklich, theils ſtillſchweigend aufhob; denn am Ende kam doch Alles immer wieder auf das Ermeſſen des Richters an, dem nirgends geſetzlich vorgeſchrieben iſt, wann und in welcher Ausdehnung er Confrontationen vornehmen ſoll.

Als unabänderliche Regel kann es *nicht* gelten, daß das Vorhaben der Gegenſtellung vorhergeſagt werde[25]. Es kommt auf den Charakter der Individuen dabei an. Den Zeugen pflegt man, ſobald ſie nicht ganz unverdächtig erſcheinen, die Schlußfrage zu ſtellen: ob ſie im Stande ſeien, ihre Angaben dem Inculpaten ins Geſicht zu wiederholen[26]. Man beabſichtigt dabei nicht nur, daß ſie etwaige Unwahrheiten oder Verdrehungen bei Zeiten widerrufen möchten, um ſich eine Beſchämung, ja vielleicht eine Meineidsſtrafe zu erſparen, ſondern es ſucht auch der Richter einer großen Verlegenheit vorzubauen, welche dadurch entſtehen könnte,

---

22) *Heinroth*, Syſtem der pſychiſch-gerichtlichen Medicin (Leipzig 1825), S. 396–426.

23) Dieſem in v. *Jagemann's* Aufſatze im neuen Archiv a. a. O. S. 33, aufgeſtellten Satze ſind bereits beigetreten *Henke*, Handbuch des Criminalrechtes, Bd. IV, S. 698, *Mittermaier*, Strafverf. (3. Ausg.), Bd. I, S. 407. Am wenigſten wurde bisher der Unſchuldsbeweis in dieſer Beziehung berückſichtigt, und doch ſollte *jeder* Entlaſtungszeuge, der das, was Inculpat durch ihn beſtätigt wiſſen will, *nicht* ausſagt, ihm entgegengeſtellt werden, wie z. B. wegen des behaupteten alibi.

24) Es wurde ſogar eine Abhandlung darüber geſchrieben von *Eſchenbach* in comment. iur. Fasc. I. Nr. 4. (Rostochii 1784.)

25) Daß es weſentlich dabei auf eine *Ueberraſchung* abgeſehen ſei, meinen *Abegg*, Lehrbuch des Criminalprozeſſes (Königsberg 1833), S. 199, und *Bauer*, Lehrbuch des Strafprozeſſes (Göttingen 1835), §. 131; *Bolley* a. a. O. §. 142; *Mittermaier* a. a. O. S. 409.

26) *Pfiſter*, merkw. Criminalfälle, Bd. V, S. 525, Nr. 14, macht hierüber Bemerkungen, welche ſich täglich in der Erfahrung erproben.

daß der Zeuge im entſcheidenden Augenblicke zurückgeht und ſo dem Anſchuldigungsbeweiſe eine unheilbare Blöße gibt[27]). Letzteres kann auch ein Grund werden, unverdächtigen Zeugen gerade umgekehrt das Vorhaben der Gegenſtellung zu verſchweigen und ſie ganz unerwartet mit dem Inculpaten zuſammenzubringen. Dieß wird nämlich rathſam bei weichmüthigen und ſcrupulöſen Menſchen[28]). Wiſſen dieſe einmal, daß ſie einem Delinquenten, der vielleicht dazu noch Gefangener iſt, ſeine unglücklichen Verirrungen ins Angeſicht ſagen ſollen, ſo machen ſie ſich, je länger ſie darüber nachdenken, um ſo mehr Vorwürfe oder Gewiſſensbiſſe und können dahin gelangen, daß ſie dann in der Confrontation ſelbſt kein Wort mehr mit Feſtigkeit zu behaupten vermögen. Sowie aber der Anſchuldigungszeuge zaghaft iſt[29]), ſchadet er mehr, als er nützt, weil dann der Inculpat nie unterläßt, die Glaubwürdigkeit des Zeugniſſes anzufechten. Dagegen muß man auch vorſorgen, daß die unvorbereiteten Zeugen nicht erſchrecken, ſondern ihnen, wenn ſie auf Ladung erſcheinen, mit wenigen Worten auseinanderſetzen, auf was es bei der Confrontation ankomme[30]), die dann unmittelbar darauf vorgenommen wird.

Den Inculpaten ſollte der Act immer vorher wo nicht angekündigt, doch angedeutet werden, wie etwa durch die Frage: ob ſie dem Zeugen ſelbſt gegenüber ihre Angaben behaupten, oder ob ſie dem Zeugen beim Ableugnen ſeiner Erzählung ins Auge zu ſchauen ſich getrauten[31]) und dergl. Es gehört zwar zu den Ausnahmen, aber nicht zu den ganz ſeltenen, daß der Inculpat auf die Anſage der Gegenſtellung von ſeinem Widerſpruche abgeht, theils aus Scheu vor hochgeachteten Zeugen, theils aus Scham, der Lüge geziehen zu werden, theils aus Ueberzeugung, daß es, wenn einmal der Zeuge bereit iſt, ſeine Depoſition angeſichtlich zu wiederholen, zu erwarten ſteht, daß er auch Wort halte und dann nichts weiter, als eine Verzögerung bei der Gegenſtellung herauskomme. Man

---

27) Es iſt nicht davon die Rede, daß ein falſcher Zeuge entlarvt und die Unſchuld zum Siege geführt wird, welches nur wünſchenswerth ſein kann, ſondern davon, daß beim Vorliegen vielfältiger Verdachtsgründe nicht ein unſicherer Zeuge plötzlich außer Faſſung gebracht und dadurch die Frechheit des Angeklagten geſteigert werde.

28) v. Jagemann, im neuen Archiv a. a. O. S. 57.

29) Bolley, a. a. O. S. 278, kennt das Leben genau, wenn er ſagt: Auch die wahrhafteſten Zeugen zeigen oft Schrecken bei der Confrontation, theils wegen der Wichtigkeit der Handlung ſelbſt, theils wegen des falſchen Wahnes, als ob ſie eine Blutſchuld auf ſich laden, theils aus Furcht vor der Perſon des Inquiſiten.

30) Zuweilen iſt es auch rathſam, den Zeugen zu verbieten, von gewiſſen Thatumſtänden, die noch nicht hinlänglich aufgeklärt ſind, oder worüber der Inquiſit noch nicht ſpeciell verhört iſt, zu ſprechen. Ueberhaupt iſt in wichtigen Fällen gut, vorerſt mit den Zeugen einen Plan zu verabreden, wie ſie ſich zu benehmen haben, um den möglichſten Eindruck hervorzubringen. Dieſer Plan muß jedoch ehrlich ſein, und darf nicht einer Intrigue ähnlich werden. Vergl. Müller, Lehrbuch des Criminalprozeſſes (Braunſchweig 1837), S. 343, beſ. Anm. 30.

31) Man kann dabei hinzuſetzen, daß man gern dem Inculpaten die Unannehmlichkeit einer Gegenſtellung, welche auf erfolgendes Geſtändniß nicht mehr nothwendig ſei, erſparen wolle.

darf ſich übrigens in ſolchen Fällen mit der oft gegebenen Erklärung der Inculpaten: daß ſie die Ausſagen der Zeugen als wahr gelten laſſen wollen, niemals begnügen, weil dieß wie eine Transaction ausſehen würde, ſondern Inculpat muß aus eigener Erinnerung die Thatſachen erſchöpfend vortragen, wenn er mit der Gegenſtellung verſchont bleiben will. Der Zeitpunkt, wann[32]) dieſe ausgeführt wird, braucht dem Inculpaten ſo wenig vorhergeſagt zu werden, als überhaupt, wann man ein Verhör mit ihm abhalten will: denn es iſt wünſchenswerth, daß ein hartnäckiger Leugner durch die Zeugen überraſcht[33]) werde und nicht in einer Stimmung vor ſie trete, die ſchon viele Stunden vorher berechnet iſt. Was die Zeugen angeben, weiß er ja ſchon aus dem Einzelverhöre; es kann alſo nur noch auf einen imponirenden perſönlichen Eindruck ankommen.

Zeugen unter ſich ſollen durchaus nicht confrontirt werden, ohne daß man ſich vorher bemüht hätte, ihre Widerſprüche durch Ankündigung dieſer unangenehmen Maßregel auszugleichen. Die Wahrheitspflicht der Zeugen geht natürlich weiter, als die des Angeklagten: denn dieſen entſchuldigt beim Leugnen einigermaßen das reinmenſchliche Unluſtgefühl, ſich ein Strafübel zuzuziehen, während der Zeuge ſich nur geehrt fühlen kann, wenn er vom Staate im Dienſte der Gerechtigkeit aufgerufen wird. Die Kränkung und Niederlage eines Zeugen, der in der Confrontation der Lüge überwieſen wird, iſt daher weit größer, als beim Inculpaten, der ſich im Nothſtande wähnt. Eben aus dieſer Urſache haben auch die Confrontationen von Zeugen mit Zeugen weit ſeltener einen Erfolg, als andere Arten der Gegenſtellung. Iſt jedoch gar nicht daran vorbeizukommen, um eine wichtige Thatſache aufs Genaueſte unterſucht zu haben, ſo iſt wieder ein Augenmerk darauf zu richten, ob der Zeuge ſchon beeidigt ſei, oder nicht. Viele ſind der Meinung[34]), daß überhaupt ein Zeuge nicht anders, als nach vorausgegangener Beeidigung verhört werden dürfe. Ohne in dieſe anderwärts zu beſprechende Controverſe näher einzugehen, darf hier doch die Bemerkung eine Stelle

32) Keinesfalls kann man eher dazu ſchreiten, als die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit aus den Acten hervorgeht. Tabor l. c. disp. I. thes. 24. p. 17. et disp. I. th. 35. p. 27, 28. Carpzov l. c. nr. 77, 78. Auf die Tageszeit braucht man dabei gar keine Rückſicht zu nehmen; man kann in eilenden Fällen, beſonders geſtändige Mitſchuldige in der Nacht confrontiren.

33) In ſo weit nur, als der mit Beſorgniß erwartete Augenblick plötzlich eintritt, kann in der Regel eine Ueberraſchung gebilligt werden; nur die verſtockteſten Verbrecher darf man ganz unvorbereitet vor die Zeugen führen. — Temme, Commentar über die preuß. Criminalordnung, S. 141, ſtimmt hierin bei, verkennt aber offenbar den Zweck dieſes Actes, wenn er auf Verwirrung des Inculpaten hinwirken will; im Gegentheile muß die Confrontation, ſobald Verwirrung eintritt, ſuspendirt werden. Vergl. auch Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. III, S. 423.

34) Martin, Rechtsgutachten des Spruchcollegiums zu Heidelberg (Heidelb. 1808), Bd. I, S. 112—114. — Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Criminalrechtes (Halle 1833), §. 619. Brunnemann, de proc. inq. cap. VIII. nr. 44—48. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. §. 150. — Vergl. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. (Göttingen 1837), S. 151.

finden, daß das erſte Verhör einer jeden Perſon in der Regel informativ iſt, indem der Inquirent im Anfange nie mit Sicherheit unterſcheiden kann, wer bei der Sache betheiligt ſei, oder nicht[35]). Jemanden aber, der ſelbſt zu der verbrecheriſchen That mitwirkte, von vorn herein beeidigt zu haben, gehört zu den ſtörendſten Begegniſſen. Doch kommt hinſichtlich der Confrontation noch der ſpecielle Grund für die Nachbeeidigung hinzu, daß Meineiden eher vorgebeugt und folgeweiſe ein befriedigendes Reſultat erzielt werden kann. Stehen ſich Zeugen im Einzelverhör noch ſo ſchroff entgegen, ſo nähern ſie ſich gewiß immer bei einer vertraulichen Unterredung[36]), wo Einer das Gedächtniß des Anderen durch kleine Nebenumſtände auffriſcht, und ſie haben dann auch bei der Berichtigung ihrer Ausſagen[37]) nicht zu beſorgen, daß ſie wegen Verletzung der Eidespflicht in Unterſuchung gezogen werden. Traut man übrigens einem der Contradicenten volle Gewiſſenhaftigkeit zu, ſo kann man dieſen beeidigen und dann mit dem Unbeeidigten confrontiren[38]), worauf es ſich zeigen wird, ob der letztere ſich unverdächtig genug benimmt, daß er ebenfalls zum Eide angehalten werden kann. Sind Zeugen, die ſich grell widerſprechen, beiderſeits ſchon beeidigt, ſo unterläßt man wohl beſſer die einmal verſäumte Gegenſtellung, weil vorausſichtlich nichts weiter, als ein gerichtlicher Scandal damit bezweckt wird, wobei ein Theil den anderen des Meineides zu beſchuldigen gleichſam genöthigt wird, ohne daß deshalb der Richter immer in der Lage wäre, denjenigen ſicher herauszufinden, dem er den Prozeß machen könnte.

So ſehr übrigens die Gegenſtellung der Zeugen unter ſich vor der Beeidigung rathſam erſcheint, ſo ſollte man Zeugen dem Inculpaten nicht anders entgegenſtellen, als wenn ſie den Eid ſchon geleiſtet haben: denn der Inquirent muß, um jedes möglichen Erfolges gewiß zu ſein,

---

35) v. Jagemann, über Beeidigung der Zeugen im Strafprozeſſe, im Archiv des Criminalrechtes, Jahrg. 1835, St. IV, S. 496.

36) Es iſt aus dieſem Grunde ſogar erlaubt, zwei oder mehrere Zeugen ausnahmsweiſe, wenn ſie notoriſch von redlichem und gewiſſenhaftem Charakter ſind, gleich beim erſten Verhör zuſammen eintreten zu laſſen und ihnen dann den Austauſch ihrer Wiſſenſchaft zu geſtatten, bis ein Jeder ſich klar des Wahrgenommenen erinnern kann.

37) Dazu bringt man die Zeugen, ſobald einmal das feierliche Verfahren eingeleitet iſt, immer ſehr ſchwer. Mittermaier a. a. O. Bd. I, S. 409, Nr. VII.

38) Derjenige, dem man mehr Wahrheitsliebe, und zwar nicht ſowohl nach moraliſcher Ueberzeugung, als nach Lage der Acten, zutraut, hat bei dem Gegenſtellungsacte zuerſt das Wort und heißt daher Confrontant, der Andere aber Confrontat. Dieſe Ausdrücke haben ſich überhaupt in der Praxis gänzlich feſtgeſetzt, ſo ungereimt ſie eigentlich ſind, weil grammatiſch unter einem Confrontanten nur der Richter verſtanden werden könnte, welcher die Gegenſtellung anordnet. S. Abegg a. a. O. S. 198. Wenn Inquiſiten und Zeugen einander entgegengeſtellt werden, ſo bedarf es einer weiteren Bezeichnung, als dieſer, gar nicht; ſind es zwei Inquiſiten, oder zwei Zeugen, zwiſchen denen ein Widerſpruch ausgeglichen werden ſoll, ſo kann man ſie Aſſerent und Contradicent oder, beziehungsweiſe, Hauptzeuge und Gegenzeuge, oder nach Umſtänden auch Beſchuldiger und Beſchuldigter nennen.

bei hartnäckigem Widerſpruch immer die Steigerung übrig haben, daß er den Zeugen feierlich fragt, ob er bei dem abgelegten Eide die Wahrheit ſeiner Ausſage verſichern könne; erfolgt eine bejahende Antwort, ſo bleibt dem Inculpaten kaum ein vernünftiger Ausweg übrig. Iſt freilich der Anklagezeuge ſelbſt ein verdächtiges Subject, ſo kann man die Beeidigung verſchieben, damit ihn der Angeklagte im Confrontationsacte um ſo wirkſamer zurechtweiſen könne[39]).

Wird endlich eine Gegenſtellung zwiſchen Mitſchuldigen nothwendig, ſo bedarf es einer Ankündigung ſchon deswegen nicht, weil der Richter wünſchen muß, beide Theile unvorbereitet ſich gegenüber zu ſehen, damit ſie keine Intriguen anſpinnen und ohne Zurückhaltung ſich ausſprechen, wie dieß von Menſchen, die ihre Worte vorher nicht berechnet haben, immer erwartet werden muß. Wiewohl auch hier der oben anempfohlene Vorhalt der Gegenſätze im Einzelverhör nicht umgangen werden ſollte, ſo kann man dieß doch ſo einrichten, daß die Complicen gar nicht ahnen, daß es zu einem Geſammtverhöre kommen könnte. Der Gewinn für den Richter bei letzterem beſteht nämlich ſtets darin, daß er abſtrahiren kann, in welchem Verhältniſſe dieſe Subjecte zuſammen ſtehen, welches unter ihnen dominirend, welches klüger und beherzter oder offener und reumüthiger ſei[40]). Von ſelbſt verſteht es ſich jedoch, daß die äußerſte Vorſicht nothwendig wird, damit die Inculpaten nicht die Gelegenheit wahrnehmen, durch Reden oder Geberden zu colludiren; ja es geht die Schlauheit oft ſo weit, daß ſie abſichtlich Widerſprüche herbeiführen, um zur Gegenſtellung zu gelangen[41]) und ſich dabei Winke zu geben.

Läßt ſich übrigens annehmen, daß eine gravirende Ausſage eines Mitſchuldigen blos auf Bosheit oder anderen unedeln Motiven beruhe, ſo iſt man dem Gegentheile ſchuldig, in der Confrontation auf die Entlarvung des Lügners kräftig hinzuarbeiten[42]).

Außer den erwähnten Beſchränkungen, welche die Criminalpolitik

---

39) Mittermaier a. a. O. S. 405, verdient beſondere Beachtung in den Worten: Mancher, der hinter dem Rücken eines Anderen eine Lüge ſagt, wird nicht ſo leicht den Muth haben, die Unwahrheit auch dem Anderen in's Angeſicht zu wiederholen.

40) Man muß beſonders darauf merken, ob ſich die Gegengeſtellten Vorwürfe machen, und bei der leiſeſten Andeutung iſt darauf zu beſtehen, daß die zu Grunde liegenden Thatſachen genau erörtert werden. Pfiſter a. a. O. Bd. V, S. 527.

41) Bolley a. a. O. S. 279. Müller a. a. O. S. 361, Anm. 31. Pfiſter a. a. O. Bd. IV, S. 162, 163.

42) Wenn jedoch die Beſchuldigung gänzlich beweislos und vereinzelt daſteht, ſo darf man ein übel berüchtigtes Subject deshalb noch nicht mit einer wohlangeſehenen Perſon confrontiren. Carpzov l. c. Nr. 78, warnt die Inquirenten: Videant, quomodo actionem iniuriarum effugiant, qui ad solam inculpationem virum honestum cum inquisito confrontari faciunt. Tabor, de confrontatione (Giessae 1663), p. 26, ſtellt den merkwürdigen Satz auf: Homines frontis rectae non confrontandi sunt cum criminosis nulla fronte praeditis.

dem Inquirenten hinſichtlich des Gegenſtellungsverhörs auflegt, beſtehen noch weitere, die aus dem römiſchen Rechte abgeleitet werden.

Man hält für befreit von der Pflicht des Zeugniſſes überhaupt und insbeſondere von der Confrontation 1) Deſcendenten und Aſcendenten, 2) Ehegatten, 3) Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder, 4) Verſchwägerte im erſten Grade[43]). Es läßt ſich gegen dieſen Satz nichts einwenden, wenn man ihn nicht allzuſtrict nimmt. Eine Nöthigung ſo nahe ſtehender Perſonen, gegen einander gerade da aufzutreten, wo die Folgen des Widerſtreites am empfindlichſten ausfallen können, würde eine Grauſamkeit ſein, durch die der Staatsordnung, weil die Grundfeſten des Familienlebens gefährdet wären, jedenfalls mehr geſchadet als genützt werden könnte. Statuirt man aber die Befreiung vom Zeugniſſe, ſo kann darunter nur das feierliche eidliche Zeugniß verſtanden ſein, nicht aber die Vernehmung im Informativ- oder Kundſchaftswege. Ebenſo wenig kann es gebilligt werden, wenn man die Diſpenſation zu einer Prohibition ausdehnen will. Jeder Verwandte kann vorgeladen und vorerſt ſummariſch befragt werden; verſichert er, nichts angeben zu können, ſo darf man nicht weiter in ihn dringen; verweigert er jede Antwort, ſo iſt er, vorausgeſetzt, daß Pietät und nicht bloßer Ungehorſam die Urſache iſt[44]), ſofort zu entlaſſen; äußert er ſich aber freimüthig, ſo wird Alles genau aufgezeichnet und die Schlußfrage geſtellt, ob er das Zeugniß durch Eid bekräftigen wolle; auf bejahende Antwort kann dieſer ohne Anſtand abgenommen werden[45]). Letzteres iſt nach beſtehender Erfahrung bei weitem der häufigſte Fall, ja es wird einem gewandten Inquirenten, der ſolche Leute mit Ruhe und Zartgefühl behandelt, kaum vorkommen, daß die Antwort gänzlich verſagt wird.

Die Frage, ob unter Verwandten zur Confrontation geſchritten werden darf, iſt alſo keine müßige, wenn gleich ſchon die erſte Abhör nicht erzwungen werden darf. Aber daß die Gegenſtellung weit größerem Bedenken wie das Einzelverhör unterliegt, ſpringt in die Augen. Es kann ſelbſt dem Richter nicht angenehm ſein, Perſonen, die durch Bande

43) Dieß folgt aus L. 4. 5. D. de test. (22. 5.) und L. 6. C. de test. (4. 20.) Es ſind nach der erſten dieſer Geſetzesſtellen auch die Nachgeſchwiſterkinder und ſogar deren Kinder (sobrinus, sobrina etc.) ebenfalls befreit; aber dieſe, gewiß allzu weite, Ausdehnung eines Privilegiums hat die Praxis aufgehoben. Quiſtorp, Grundſätze des peinlichen Rechtes, §. 716, will überhaupt die Ausnahmen von der Zeugenpflicht nicht unbedingt gelten laſſen.

44) Stübel, a. a. O. §. 2438, hat hierüber gewiß die richtigſte Anſicht aufgeſtellt, nämlich: daß es dem Ermeſſen des Richters anheim geſtellt bleibe, ob die vorgebrachten Entſchuldigungsgründe als relevant im concreten Falle gelten können. Wenn z. B. Verwandte in offener Feindſchaft ſtehen, ſo iſt nicht einzuſehen, warum ſie des Zeugniſſes gegen einander ſich entſchlagen wollen; es müßten denn gerade edlere Rückſichten im Hintergrunde ſein.

45) Wenn auch kein Hinderniß mehr im Wege ſteht, wird ein kluger Inquirent nur im Nothfalle die Beeidigung vornehmen, weil doch immer zu präſumiren iſt, daß ein verſtecktes Intereſſe für den nahe ſtehenden Inculpaten zum Meineide führen könnte. Eſchenmayer, Syſtem der Moralphiloſophie (Stuttg. 1818), §. 247.

des Blutes eng verbunden ſind, in eine ſo feindſelige Poſition zu bringen. Deſſenungeachtet muß es erlaubt ſein, auch hier die Confrontation anzuordnen[46]), 1) wenn es die Contradicenten beiderſeitig wünſchen, 2) wenn es derjenige Theil, dem der andere Ehrfurcht ſchuldig iſt, ausdrücklich verlangt, 3) wenn beide Theile als Mitſchuldige in Unterſuchung ſtehen.

Die vorhin aufgeſtellten Regeln über Sparſamkeit der Confrontation finden hier natürlich in verſtärktem Maße Anwendung, und es kommt noch die Rückſicht auf die Individualität der Perſonen hinzu. Iſt nämlich einer der Contradicenten beſonders roh, heftig oder bösartig, ſo daß ein ſcandalöſer Auftritt ſicher vorauszuſehen wäre, ſo iſt es beſſer, auf jenes Erforſchungsmittel, da es nichts als Erbitterung hervorbringen könnte, zu verzichten und die Gründe in die Acten zu bemerken. Daß man übrigens bei verwandten Coinculpaten weniger Umſtände macht, wie bei allen Anderen, erklärt ſich wohl von ſelbſt daraus, daß ſie ſich ohne Zuthun des Richters in ein geſetzwidriges Verhältniß begeben haben, deſſen Folgen ſie daher auch tragen mögen.

Eine Ausdehnung jenes Privilegiums auf Perſonen, die durch äußere Umſtände in ein Achtung gebietendes Verhältniß gekommen ſind, kann jedoch von einer vernünftigen Praxis durchaus nicht ſtatuirt werden[47]). Im gemeinen Leben iſt allerdings Werth darauf zu legen, daß Verhältniſſe, wie z. B. zwiſchen Herrn und Diener[48]), Pflegeeltern und Pflegling, Lehrer und Schüler, Beamten und Untergebenen, Geiſtlichen und Pfarrkindern, Wohlthätern und Unterſtützten u. A. möglichſt heilig gehalten werden; denn dieſe Abſtufungen gehören zu den nothwendigen Einrichtungen eines wohlgeordneten Staates; aber nicht läßt ſich die aus ſo allgemeinen Rückſichten gebotene Schonung auf ſpecielle Fälle anwenden, wo es ſich darum handelt, den Beweis eines Criminalverbrechens herzuſtellen. Die meiſten Verbrechen werden, nach dem natürlichen Laufe der Dinge, gerade in demjenigen Kreiſe begangen, wo der Thäter heimiſch iſt. Sind nun ſeine Freunde, Hausgenoſſen, Pflegebefohlenen u. ſ. w. auch nicht jedesmal unmittelbare Zeugen, ſo können ſie doch

46) Ein Reſcript von Diocletian (L. 6. C. de test. (4. 20.)) verbietet zwar unbedingt die Ablegung eines Zeugniſſes von Eltern und Kindern gegen einander, wenn ſie ſich auch bereit dazu erklären; aber dieſe ehrenwerthe Schonung kann doch nach neueren Anſichten nicht ſo prävalirend ſein, daß man den Beweis eines wichtigen Criminalfalles dafür aufopfern müßte. Bayer. Strafgeſetzbuch, Art. 280, Nr. 4, und hannov. Entw. Art. 216, Nr. 4.

47) Die vollſtändigſte Ueberſicht der Literatur über dieſen Punkt findet man in Zachariä a. a. O. S. 225, 226.

48) Die L. 4. D. de test. (22. 5.) L. 1. §. 5—10. L. 2. 3. L. 9. §. 1. D. de quaest. (48. 18.), und Paullus, sent. rec. lib. V. tit. 16. ſprechen nur von dem Verhältniſſe zwiſchen Sclave und Freigelaſſenem zu dem Herrn und Patron; dieß kann aber auf die Dienſtboten unſerer Tage nicht angewendet werden, weil die bürgerliche Freiheit derſelben auf keine Weiſe mehr beſchränkt iſt. Uebrigens geſtattet ſelbſt das röm. Recht in L. 7. D. de quaest. (48. 18.) für Nothfälle (cum alia probatio ad eruendam veritatem non est) eine Ausnahme. Vergl. hierüber beſonders Mittermaier, die Lehre vom Beweiſe (Darmſtadt 1834), S. 335, 336.

gewöhnlich über Nebenumſtände vor oder nach der That ausſagen und daher indicia antecedentia oder subsequentia[49]) begründen.

Steht aber auch ſolchen Leuten gegen die Confrontation keine rechtliche Einwendung zu, ſo iſt doch den Inquirenten eine billige Rückſicht zu empfehlen, damit ſo zarte Verhältniſſe nicht anders als in wahren Nothfällen verletzt werden. Sind z. B. mehrere Zeugen vorhanden, die alle im weſentlichen daſſelbe ausſagen, ſo kann man die Confrontation derjenigen unter ihnen umgehen, die aus Hochachtung, Furcht oder Liebe gegen den Inculpaten beſonders wünſchen, davon befreit zu bleiben.

Man hat bisher zu wenig unterſchieden zwiſchen ſummariſcher und feierlicher Confrontation[50]). Erſtere gehört in die General-, letztere in die Specialunterſuchung[51]), und das Charakteriſtiſche bei jener iſt, daß die aufgerufenen Zeugen noch nie durch Eid verpflichtet ſind, und daß die Fragen weit einfacher und bündiger geſtellt werden, wie bei dieſer.

Ueberall nämlich, wo es zweifelhaft erſcheint, ob die Confrontation in einem ſpäteren Stadium der Unterſuchung noch ausgeführt werden könnte, iſt es ein Klugheitsgebot, ſie von vorn herein zu anticipiren, damit nicht ein ſo wichtiges Erforſchungsmittel gänzlich verloren gehe. Iſt z. B. ein Verwundeter ſo ſchwer krank, daß man in den nächſten Tagen ſein Ende zu erwarten hat, oder iſt er oder ein Gegenzeuge Ausländer und im Begriffe weiter zu reiſen, oder zeigt der Inculpat gleich bei der erſten Vernehmung eine Stimmung, in welcher durch den Anblick der Zeugen ein Geſtändniß erreicht werden könnte, ſo wäre es gewiß eine nicht zu rechtfertigende Pedanterie, wenn man die Gegenſtellung aus Mangel an einigen Förmlichkeiten, die nicht gleich erfüllt werden können, unterlaſſen wollte. Man muß ſich bei der ſummariſchen Confrontation allerdings nur auf einige Hauptpunkte[52]) be-

---

49) Die Vorbereitung zur That, die Zeit des Ausganges und der Heimkunft, das Mitnehmen oder Zurückbringen auffallender Gegenſtände, die Gemüthsſtimmung, die Aeußerungen über das Geſchehene und, in Bezug auf Entſchuldigungsbeweis, die negativa loci, alle dieſe Umſtände können in der Regel nur durch Vernehmung der Hausgenoſſen und Aufſichtsperſonen ausgemittelt werden, und wo ſie ſich in Widerſpruch mit dem Angeklagten ſtellen, iſt ihre Confrontation ſogar weit wirkſamer, als wären ſie ihm fremd. Tabor l. c. p. 132—137. Stübel a. a. O. §. 2437, 2438.

50) Vergl. v. Jagemann, Handbuch, §. 153—161.

51) Schon Quiſtorp, a. a. O. §. 717, gibt zu, daß wegen „Gefahr beim Verzuge" noch vor der Vernehmung des Angeſchuldigten über die „Inquiſitionalartikel" deſſen Gegenſtellung mit dem Damnificaten, mit Complicen oder Zeugen ſtattfinden könne. Tittmann, a. a. O. §. 801, ſtellt dieſen Lehrſatz ſchon allgemeiner hin und meint ſogar, es käme dabei überhaupt auf den Grad des vorliegenden Beweiſes nicht an, und in neueſter Zeit hat ſich auch Mittermaier, teutſches Strafverf. (3. Aufl.), Th. I, S. 408, in dieſem Sinne ausgeſprochen.

52) Dazu gehört z. B. die Thatſache des Zuſchlagens beim Verbrechen der Tödtung, des Wegſpringens mit geſtohlenen Objecten, des körperlichen Angriffes bei der Nothzucht, und alle Nebenumſtände läßt man für eine ſpätere Erörterung ausgeſetzt.

ſchränken, die ſchon bei der Information hell hervortreten, und zwar theils, damit das Material zur ſpeciellen Ueberführung nicht voreilig verbraucht, theils damit nicht Knoten durch Widerſprüche geſchürzt werden, die aus Mißverſtändniſſen oder aus Mangel an einer durch Eidespflicht geſchärften Ueberlegung entſtehen.

Stirbt oder entfernt ſich dann eine der confrontirten Perſonen, ſo kann freilich die ſolenne Gegenſtellung[53]) nicht nachgeholt werden; aber der Gewinn iſt um ſo größer, daß die bedeutendſten Thatſachen ſchon contradictoriſch erörtert ſind, und zwar um ſo mehr, wenn die Sache dadurch eine neue Wendung nahm.

Nicht minder hat einen nachtheiligen Einfluß auf dieſe Lehre die bisherige Meinung gehabt, daß nie mehr als zwei Perſonen einander gegenüber geſtellt werden dürften[54]). Als Regel kann man dieß gelten laſſen, jedoch nur dann, wenn Ausnahmen der Diſcretion des Unterſuchungsrichters anheim gegeben werden[55]). Kommt es auf eine ausführliche Erörterung zwiſchen zwei Perſonen an, ſo wäre es ungeſchickt, noch Andere, die ſo lange müßig daſtehen müſſen, beizuziehen; ebenſo, wenn die Schlauheit derſelben bekannt genug iſt, daß man Colluſionen bei der Anweſenheit Mehrerer zu erwarten hätte[56]); aber der Beweis wird offenbar ſchlagender und eindringlicher, wenn einige Zeugen oder beſchuldigende Complicen zu gleicher Zeit dem Inculpaten unter die Augen geſtellt werden, ſo daß einer den anderen mit den Thatſachen ablöſt, wie ſie in natürlicher Ordnung aufeinander folgen, und ſich wechſelſeitig unterſtützen[57]). Ein zuſammenhängender Indicienbeweis kann nicht beſſer recapitulirt werden, und wenn es irgend möglich iſt, ein Geſtändniß zu erlangen, ſo muß es auf dieſem Wege geſchehen, weil der verſtockteſte Delinquent ſich dabei überzeugen muß, daß eitler Widerſpruch gegen eine ſolche Harmonie der Beweiſe nichts mehr fruchten kann[58]). Man kann auch mit Einzelconfrontation den Act beginnen

---

53) Dieſe geſchieht immer mit Eingehung in alle Details, und kann daher in viele Fragen zerfallen, während die ſummariſche ſich in der Regel nur auf Eine beſchränkt. Die wiederholte (feierliche) Gegenſtellung hat daher theils den Zweck, die ſchon angeregten Thatſachen weiter in die Einzelheiten zu verfolgen, oder neu entdeckte Indicien zur Beſprechung zu bringen. Tabor l. c. p. 86., behandelt bereits die repetitio confrontationis in einem beſonderen Capitel, unter Berufung auf ein responsum der greifswalder Juriſtenfacultät von 1658. Von den ſpäteren Prozeßlehrern iſt aber hierauf faſt gar kein Bedacht mehr genommen worden.

54) Vergl. Tittmann, im Archiv des Criminalrechtes, Bd. III, St. 3, S. 485 flg. Preuß. Criminalordn. §. 350.

55) Pfiſter a. a. O. Bd. IV, S. 450, 479.

56) Es gibt übrigens ein Mittel, ſich gegen Winke und Zeichen der Confrontirten zu ſichern; daſſelbe beſteht darin, daß je zwiſchen zwei derſelben ein Gefangenwärter, Polizei-, oder Amtsdiener geſtellt wird, der ſie ſtets im Auge hält.

57) Man ſtellt die beſchuldigenden Perſonen alsdann ſchon in der Reihe auf, wie ſie aufgerufen werden ſollen und hält ſtreng darauf, daß keine voreilig zu reden anfängt.

58) Temme, Commentar, S. 143, bemerkt deshalb: Hat der Verbrecher

nen und ihn dann, wenn ſich alle Zeugen bewährt haben, mit der Geſammtconfrontation beſchließen, oder auch dieſe ſpäter, bei einer günſtigeren Stimmung des Inquiſiten, vornehmen.

Daß Zeugen unter ſich in größerer Anzahl als je zu zwei confrontirt werden, kann kaum vorkommen, da es hier nicht ſowohl auf Ueberweiſung, als auf Herſtellung möglichſter actenmäßiger Wahrheit abgeſehen iſt, ja eine moraliſche Nöthigung mit der Gewiſſensfreiheit der Zeugen nicht einmal verträglich wäre.

Die Frageſtellung iſt bei dem Confrontationsverhöre beſonders ſchwierig, weil die Fragen ſo lauten müſſen, daß beide Theile ohne Präjudiz, d. i. ohne eine noch nicht zugegebene Thatſache ſtillſchweigend einzuräumen[59]), offen darauf antworten können. Hieraus folgt, daß die Fragen, während ſie beim Einzelverhör in die kleinſten Specialitäten eingehen, ſich mehr im Allgemeinen halten. Es bedarf bei der Confrontation eigentlich nur eines richtigen Ausgangspunktes zu der discurſiven Erörterung, und wenn die Unterredung einmal begonnen hat, kann man nicht ſo leicht wieder Einhalt gebieten[60]). Will man gewiſſe Punkte, die zur Confrontation nicht geeignet oder noch nicht reif ſind, ganz außer dem Spiele laſſen, ſo muß man die Zeugen erſt allein inſtruiren[61]), ſo wie es umgekehrt manchmal von guter Wirkung iſt, wenn die Zeugen vorher wiſſen, auf welche Theile ihrer Ausſage ſie einen beſonderen Nachdruck legen ſollen.

Die Confrontation kann auch durch Einzelfragen, die nöthig werden, um eine neue Aſſertion oder einen Widerruf aufzuklären, unterbrochen werden; hierbei muß denn der Gegentheil ſchweigen, bis wieder eine Geſammtfrage geſtellt wird. Am zweckmäßigſten iſt übrigens, die Confrontation, ſobald ein Inculpat zum Geſtändniſſe ſchreitet, oder Verdachtsgründe des Meineides gegen einen Zeugen ſich ergeben, ſo ſchnell als möglich abzubrechen und das Verhör, nach Entfernung der Vorgeſtellten, mit dem beachtenswertheren Subjecte allein fortzuſetzen[62]).

(Angeſchuldigte?) alle Zeugen ſeiner verbrecheriſchen That, ſeiner verdächtigen Aeußerung gegen ſich, ſo tritt das Bild ſeines Verbrechen um deſto lebhafter vor ihn; er wird mehr aus der Gegenwart heraus in die Vergangenheit gezogen; — er muß jetzt die Waffen, die er nur gegen Einen zu richten hatte, gegen Mehrere verwenden, alſo zerſplittern.

59) Mit Recht äußert Bolley, a. a. O. S. 278, das Bedenken, daß bei der Confrontation ungeeignete Suggeſtionen vorkommen möchten. Wenn ſich nämlich auch der Inquirent vorſichtig ausdrückt, ſo läßt ſich von den Zeugen nie erwarten, daß ſie ſich eingebender Fragen gänzlich enthalten können.

60) Die Art und Weiſe, wie der Inquirent nach der Anſicht von Stübel, a. a. O. §. 2084, 2085, dabei eines jeden Wortes Meiſter und Gebieter bleiben ſoll, iſt gänzlich unausführbar.

61) Man muß ſie namentlich noch einmal an den abgelegten Eid erinnern. Martin, Lehrbuch des Criminalprozeſſes, S. 284. Klaproth, Einleitung in den ſummar. Proz., §. 551, S. 796.

62) Tittmann a. a. O. §. 804. Stübel a. a. O. §. 2087. Es gibt übrigens auch Fälle, wo es beſſer ſcheint, den Zeugen, der den Inculpaten zum Geſtändniſſe bewegt, während der detailirten Verfolgung und Aufnahme deſſelben anweſend zu laſſen; nämlich dann, wenn der letztere ein beſonderes Vertrauen

Das Ergebniß der Confrontation ſollte übrigens immer in kurzen Sätzen dargeſtellt werden[63]), wenn nichts weiter als der ſchon bekannte Widerſpruch dabei herauskommt: denn es genügt alsdann, daß der Spruchrichter ſich überzeugen kann, wie kein Theil dem anderen nachgegeben hat. Ohnedieß ſprechen die Leute, die ſich gegenüber ſtehen, gewöhnlich ſo raſch und eifrig, daß man unmöglich ihre Worte alle nachſchreiben kann.

Hinſichtlich der Gerichtspolizei bei Confrontationen muß noch erwähnt werden, daß der Inquirent hier mit einem beſonderen Takte zu Werke gehen muß, damit weder grobe Unarten, oder perſönliche Angriffe vorfallen, noch die Redefreiheit durch ſtrenge Aufſicht zu ſehr gehemmt werde. Gerade eine gewiſſe Aufregung iſt es, welche man durch die Gegenſtellung erreichen will. Würden ſich die Confrontirten alle in ſtarrer Kälte ihre Ausſagen vorhalten, ſo wäre kaum jemals die Löſung des Widerſpruches zu erwarten, tritt aber Erbitterung, Verachtung, Erglühen für die Wahrheit, Scham oder Reue hinzu, ſo hört die ſchlaue Berechnung auf und es erfolgen Conceſſionen, die plötzlich ein Licht über die Sache verbreiten. Ereiferung, ja Heftigkeit kann man daher immerhin dulden, wenn nur nicht verſäumt wird, von Zeit zu Zeit die Ermahnung zu geben, daß die Grenzen des Anſtandes nicht überſchritten werden dürfen[64]), und geſchieht dieß endlich dennoch, ſo muß ein Verweis oder eine Arreſtſtrafe von etlichen Stunden, oder bei ſchon Verhafteten eine Arreſtſchärfung durch Hungerkoſt, einſame Einſperrung oder Dunkelarreſt erfolgen. Ehrenkränkungen können außerdem durch Privatklage zur Strafe gebracht werden.

L. von Jagemann.

Confusio. Dieſer Kunſtausdruck kommt im römiſchen Privatrechte in verſchiedenen Beziehungen vor. In der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums heißt confusio nach der Anſicht der neueren Rechtsgelehrten die Vermiſchung flüſſiger oder flüſſig gemachter Körper, während man commixtio die Vermengung feſter, trockener Körper nennt. Indeſſen iſt es wohl richtiger, dem Sprachgebrauche der römiſchen Juriſten zufolge beide Kunſtausdrücke für identiſch zu erklären [1]) und anzunehmen, daß

---

zu dem Zeugen darlegt und furchtſam wird, ſobald er ſich mit Richter und Actuar allein ſieht. Man muß aber den Inculpaten doch nie zu fragen verſäumen, ob er wünſche, daß Zeuge beim Einzelverhör noch anwohne. Dieſer muß ſich natürlich ganz paſſiv dabei verhalten.

63) Einen beſonderen Werth haben auch die Geberdenprotokolle, die man noch weitläufiger als die Reden aufnehmen ſollte, ſo oft ein Geſtändniß nicht erfolgt; denn man kann darin oft einen Beweis erkennen, der ſchlagender iſt, als jeder andere, nämlich das ſichtbare Schuldbewußtſein. Tabor l. c. Diss. I. thes. 36. Diss. II. thes. 23. Diss. III. thes. 19. Pufendorf, introd. in proc. crim. cap. XVI. §. not. g. Stübel a. a. O. §. 2087.

64) Dieß gilt nicht blos von den Inculpaten, ſondern auch von den Zeugen. Tittmann a. a. O. S. 425.

1) L. 5. pr. u. §. 1. D. de rei vindic. (6. 1.) L. 3. §. 2. D. ibid. Vergl. Buchholtz, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römiſchen Rechtes, S. 119—122.

jeder gebraucht worden ſei, um die Vereinigung mehrerer flüſſiger oder trockener Körper zu bezeichnen. Was die Grundſätze anbetrifft, nach welchen man dieß Verhältniß zu beurtheilen hat, ſo ſollte man erwarten, daß bei der Gleichheit der Begriffe auch gleiche Regeln im Falle der Vereinigung fremder flüſſiger oder trockener Körper beobachtet werden müſſen. Dem iſt indeß nicht alſo. Was zunächſt den Fall betrifft, wenn mehrere verſchiedenartige Stoffe vermiſcht werden, ſo war es zur Zeit der claſſiſchen Juriſten ſtreitig, ob dieß nach den gewöhnlichen Regeln der Confuſio, oder nach denen der Specification zu beurtheilen ſei[2]), und in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen iſt die zuletzt angeführte Meinung ausdrücklich beſtätigt worden[3]). Demnach erlangt derjenige das Eigenthum an der zuſammengemiſchten Maſſe, welcher entweder die Maſſen zuſammengemiſcht hat[4]), oder in deſſen Namen die Vereinigung geſchehen iſt[5]). Vorausgeſetzt indeß, daß die übrigen Erforderniſſe der Specification vorhanden ſind, daß nämlich die durch die Vermengung entſtandene neue Species nicht auf die alte Form zurückgeführt werden kann[6]), ein Erforderniß, welches indeß dann, wenn die Umformung unter Einwilligung des einen von den Eigenthümern der zuſammengemiſchten Sachen geſchehen iſt, von ſelbſt wegfällt; und daß die Umformung von dem Specificanten in der Abſicht vorgenommen worden iſt, die durch die Vereinigung der Maſſen entſtehende Species für ſich zu behalten[7]). Manche neueren Rechtsgelehrten verlangen außer den genannten Erforderniſſen auch noch die bona fides des Specificanten, d. h. die Ueberzeugung deſſelben bei der Vornahme der Specification, daß die zuſammengemiſchten Sachen in ſeinem alleinigen Eigenthume ſtehen. Allein die Stellen der claſſiſchen Juriſten[8]), auf welche man ſich zum Beweiſe dieſes Erforderniſſes beruft, ſprechen nur von der Zuläſſigkeit der actio furti und der condictio furtiva in dem Falle, wenn der Specificant im böſen Glauben war, und beide Klagen gründen ſich nur auf Obligationsverhältniſſe, wie dieß auch in einer Inſtitutionenſtelle ausdrücklich anerkannt wird[9]). Auch kann man ſich zur Unterſtützung der angeführten Meinung nicht auf den Ausſpruch des P a u l u s berufen[10]): **quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est**, da dieſe Worte einestheils einen nicht unbezweifelten Grundſatz enthalten, anderntheils nur dazu dienen ſollen, um den Grund für die Möglichkeit der **ad exhibendum** actio im vorliegenden Falle anzugeben, ſo

---

2) L. 7. §. 7. D. de acquirendo rerum dom. (41. 1.) L. 5. §. 1. D. 6. 1.

3) §. 25. J. de rerum divisione. (2. 1.)

4) L. 5. §. 1. D. 6. 1. §. 25. J. 2. 1.

5) L. 27. §. 1. D. 41. 1. L. 25. D. ibid.

6) L. 24. u. 25. D. 41. 1. L. 12. §. 1. D. ibid.

7) L. 25. D. 41. 1. L. 27. §. 1. D. ibid.

8) L. 13. D. de condict. furtiva. (13. 1.) L. 14. §. 3. D. ibid. L. 52. §. 14. D. de furtis. (47. 2.) L. 4. §. 20. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.)

9) §. 26. J. 2. 1.

10) L. 12. §. 3. D. ad exhibendum. (10. 4.)

daß es gegen die erſten Interpretationsregeln verſtoßen würde, wenn man dieſen Grundſatz aus dem urſprünglichen Zuſammenhange mit dem ganzen Rechtsſyſteme herausreißen und auf einen Fall, zu dem er nicht paßt, beziehen wollte. Was aber ferner den Fall anbetrifft, wenn verſchiedenen Perſonen angehörige, gleichartige Stoffe vereint werden, ſo wird die Maſſe, unter der Vorausſetzung, daß ſie nicht wieder auf ihre urſprünglichen Beſtandtheile zurückgeführt werden kann, auch keine neue Species durch die Umgeſtaltung der Form daraus entwickelt wird, gemeinſchaftliches Eigenthum derer, welchen die einzelnen Stoffe angehörten[11]), und es kann in dieſem Falle zum Behufe der Theilung der gemeinſchaftlichen Sache unter den Intereſſenten die actio communi dividundo angeſtellt werden[12]). Die Beſtimmung des eigenen Antheils hängt, falls die Vermiſchung unter Einwilligung der Intereſſenten geſchehen iſt, ganz von ihrer Verabredung ab, und wo eine ſolche nicht vorhanden iſt, beſtimmt ſich die Größe des Antheils, falls die Stoffe ſich gegenſeitig durchdringen, ſich in einander auflöſen und ihre Erkennbarkeit verlieren, nach dem Verhältniſſe der zuſammengemiſchten Subſtanzen[13]). Auf die Perſon deſſen, welcher die Vermiſchung der Gegenſtände herbeigeführt hat, kommt weiter nichts an[14]), und ſelbſt, wenn die Vermiſchung durch bloßen Zufall, ohne Mitwirkung einer menſchlichen Hand herbeigeführt worden, kommen die angeführten Grundſätze zur Anwendung[15]). Läßt ſich das Verhältniß der zuſammengemiſchten Maſſen zu einander nicht ausmitteln, ſo beſtimmt der Richterſpruch die Größe des Antheils. Findet aber eine ſolche Vereinigung und Durchdringung der Subſtanz, wie z. B. bei der Miſchung gleichartigen Getreides, überall nicht ſtatt, ſo verbleibt, mag die Vermiſchung einſeitig oder zufällig vorgenommen worden ſein, Jedem das Seinige ungeſchmälert[16]), ohne daß in den Eigenthumsverhältniſſen Beider durch dieſe Vermiſchung etwas geändert würde. Mithin findet im vorliegenden Falle eine vindicatio partis ſtatt, in welcher die Größe des Theils nach dem Verhältniſſe der zuſammengemiſchten Maſſen und, wenn auch dieſes factiſch nicht auszumitteln iſt, durch den Ausſpruch des Richters beſtimmt wird. Etwas abweichend iſt die Darſtellung der bei der Confuſio und Commixtio geltenden Grundſätze in den gangbarſten Lehrbüchern des heutigen römiſchen Rechtes. Bei der Confuſio, welche man als die Vermiſchung mehrerer flüſſiger Sachen definirt, entſteht, falls die zuſammengemiſchten Stoffe verſchiedenen Perſonen angehören, nach der gewöhnlichen Meinung ein neues Eigenthum am Ganzen, wovon Jeder nach der Quantität und Qualität ſeines Beitrags participirt und, wenn dieſer nicht auszumitteln iſt, zu gleichen Theilen. Vorausgeſetzt indeß, daß die Sache nicht auf die alte Geſtalt

11) L. 7. §. 8. D. 41. 1. L. 5. pr. D. 6. 1. L. 3. §. 2. D. ibid., vergl. mit §. 27 u. 28. J. 2. 1.

12) L. 3. §. 2. D. 6. 1. L. 4. D. ibid. Vergl. L. 5. §. 1. D. ibid.

13) L. 3. §. 2. D. 6. 1.

14) Vergl. die Stellen in Note 11.

15) L. 3. §. 2. D. 6. 1. L. 7. §. 9. D. 41. 1. §. 27 u. 28. J. 2. 1.

16) L. 5. pr. D. 6. 1. §. 28. J. 2. 1. Theoph. paraphr. 2. 2. pr.

zurückgeführt werden kann, daß in der Confuſio keine Specification liegt, und daß ſie nicht mit dem beiderſeitigen Willen der Eigenthümer geſchieht, da im zuerſt genannten Falle das alte Eigenthum verbleibt, im zweiten die Sache dem Specificanten zufällt, und im letzten der Erwerb nach den Grundſätzen der Communication, als einer Art der Tradition, erfolgt. Bei der Commixtio hingegen, worunter man die Vermiſchung mehrerer nicht flüſſiger Sachen verſteht, tritt, wenn die Stoffe verſchiedenen Perſonen angehören, nach der gewöhnlichen Meinung zwar kein eigentliches Miteigenthum ein, allein es wurde gleichwohl praktiſch ſo gehalten, wie bei der Confuſio, da, wenn die Ausſonderung der einzelnen Theile vom Ganzen möglich iſt, jeder Theil das Seinige zurückerhält, verſteht ſich die nämlichen Sachen, außerdem andere, der Quantität und Qualität nach gleiche Sachen. 2) In der Lehre vom Aufhören der Rechte und dem Erlöſchen von Verbindlichkeiten heißt confusio die Vereinigung eines Rechts und der ihm entſprechenden Verbindlichkeit in Einer Perſon. Sie tritt nicht allein in Folge einer Univerſalſucceſſion, ſondern auch bei einer Singularſucceſſion ein. Das Erſte iſt der Fall, wenn der Gläubiger ſeinen Schuldner, oder der Schuldner ſeinen Gläubiger, oder ein Dritter den Schuldner und Gläubiger zuſammen beerbt[17]); das Zweite, wenn bei dinglichen Servituten das Eigenthum des dominirenden und des dienenden Grundſtückes durch Singularſucceſſion, wie im Kaufe, an eine und dieſelbe Perſon kommt[18]), oder bei perſönlichen Dienſtbarkeiten das Eigenthum der dienenden Sache auf ähnliche Weiſe an den kommt, welcher zur Ausübung der Servitut berechtigt iſt[19]). Als Unterart der Confuſio wird die ſogenannte consolidatio behandelt, d. h. die Confuſio, welche eintritt, wenn der Uſufructuar durch irgend einen Thatumſtand das Eigenthum der Sache erlangt, an welcher ihm die Nutznießung zuſteht[20]). Der Name erklärt ſich einfach aus dem Sprachgebrauche der claſſiſchen Juriſten, welche jedes, durch Servituten nicht beſchränkte Eigenthumsrecht mit dem Namen solida proprietas bezeichnen[21]). Was die Wirkungen der Confuſio anbetrifft, ſo laſſen ſich dieſelben ſämmtlich aus der Anſicht der römiſchen Juriſten erklären, daß ein Recht und die demſelben entſprechende Verbindlichkeit nur unter verſchiedenen Perſonen gedacht werden können, mithin ſich einander gegenſeitig aufheben, wenn ſie

---

17) L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 75. D. ibid. L. 2. §. 18. D. hered. vendita. (18. 4.) L. 71. pr. D. de fideiussoribus et mandatoribus. (46. 1.) L. 21. §. 1. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 116. §. 4. D. de leg. I. (30.) L. 7. C. de pactis. (2. 3.) L. 5. C. de hered. act. (4. 16.)

18) L. 10. D. communia praediorum. (8. 4.) L. 1. D. quemadmodum servitutes amittantur. (8. 6.) L. 30. pr. D. de servitut. praed. urb. (8. 2.)

19) L. 27. D. quibus modis ususfructus. (7. 4.) §. 3. J. de usufructu (2. 4.) ibique Schraderi nota p. 240.

20) §. 3. J. 2. 4. Fr. Vat. §. 83. L. 3. §. 2. D. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 6. pr. D. ibid.

21) L. 35. D. de bonis libertorum. (38. 2.) L. 9. §. 2. D. de aqua pluvia. (39. 3.)

in einer und derſelben Perſon zuſammentreffen[22]). Das Detail dieſer Wirkungen wird ſich wohl am beſten nach den einzelnen Lehren, auf welche die Confuſio einwirkt, zuſammenſtellen laſſen. Im Sachenrechte wirkt die Confuſio ſtets die Aufhebung des Rechtes durch das in ihr liegende Zuſammentreffen des Rechtes und der ihm entſprechenden Verbindlichkeit in Einer Vermögenseinheit[23]), und zwar ipso iure, daß es durchaus einer neuen Conſtitution des Rechtes für die Zukunft bedarf[24]), und gerade zur Bezeichnung dieſer Wirkung brauchen die römiſchen Rechtsquellen Ausdrücke, wie confusio servitutis fit, servitus confunditur u. ſ. w. Im Obligationenrechte wirkt die Confuſio die völlige Aufhebung der zu Recht beſtehenden Verbindlichkeit, und wird in dieſer Beziehung mit der Solutio[25]) und Acceptilatio[26]) verglichen. Dieſe Aufhebung wird in den römiſchen Rechtsquellen als Liberation[27]) bezeichnet, und tritt ipso iure und nicht auf dem Wege der Exception ein. Auch erſtreckt ſich dieſe Wirkung nicht allein auf die Hauptſache, ſondern auch auf die mit derſelben verbundenen Nebenrechte, welche ohne ſie nicht gedacht werden können. Deshalb werden die Bürgen[28]), und in der Regel auch die Pfandſchuldner von ihrer Verbindlichkeit frei; die letzteren freilich dann nicht, wenn die vorliegende Verbindlichkeit gegen den Willen des Pfandgläubigers aufgehoben wird[29]). Denn dann dauert das Pfandrecht fort, und zur Unterſtützung dieſer Annahme wird behauptet, daß die Verbindlichkeit nicht ganz und gar aufgehoben werde, ſondern von derſelben wenigſtens eine naturalis obligatio zurückbleibe. Dabei verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Confuſio nur nach dem Verhältniſſe des Erbtheils eintritt, welchen der Gläubiger, oder der Schuldner, oder der Dritte, in deſſen Perſon ſie ſtattfindet, definitiv erhält[30]), und daß mithin in Betreff der anderen Erben, in deren Perſon dieß nicht der Fall iſt, die alte Obligation nach dem Verhältniſſe ihres Erbantheiles auch fernerhin fortbeſteht. Die Wirkungen der Confuſio ſind in der Regel andauernd, und nur ausnahmsweiſe müſſen die durch die Confuſio erloſchenen Rechte wiederhergeſtellt werden. Dieß tritt nach den Zeugniſſen der römiſchen Rechtsquellen in folgenden Fällen ein: 1) wenn

---

22) L. 34. §. 8. D. de solut. et liberat. (46. 3.) L. 10. D. communia praediorum. (8. 4.) L. 116. §. 1. D. de leg. I. (30.)

23) Vergl. die Stellen in Note 17—20.

24) L. 30. pr. D. de servitut. praed. urb. (8. 2.) L. 27. D. quibus modis ususfructus. (7. 4.) L. 1. D. quemadmodum servitutes amittantur. (8. 6.)

25) L. 21. §. 1. D. de liberatione legata. (34. 3.)

26) L. 75. D. de solutionibus. (46. 3.)

27) L. 34. §. 8. D. 46. 3. L. 71. D. de fideiuss. (46. 1.) Auch in dem Falle, wenn die Nebenobligation mit der Hauptobligation in Einer Perſon zuſammentrifft, iſt von einer liberatio die Rede. L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 5. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 5. pr. u. §. 1. D. ibid.

28) L. 38. §. 1. D. 46. 1. L. 34. §. 8. L. 71. D. ibid. L. 34. §. 8. D. 46. 3. L. 38. §. 5. D. 46. 3.

29) L. 38. §. 5. D. 46. 3. L. 59. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

30) L. 24. D. 46. 1.

der Erbe eine Erbſchaft verkauft, durch deren Antritt er Forderungen und Rechte gegen ſeinen Erblaſſer verloren hat, ſo iſt der Käufer dieſer Erbſchaft verpflichtet, den Verkäufer wegen des Verluſtes der durch Confuſio vernichteten Rechte ſchadlos zu halten, und die erloſchenen Servituten wieder herzuſtellen[31]). 2) Wenn der directe Erbe die Erbſchaft Jemandem reſtituirt, ſo kann er den Fideicommiſſar zur Wiederherſtellung der durch den Erbſchaftsantritt erloſchenen Rechte zwingen[32]). 3) Wenn die erworbene Erbſchaft dem Erben durch die Anſtellung der querela inofficiosi testamenti evincirt und der letztere auf dieſem Wege zur Herausgabe der Erbſchaftsmaſſe gezwungen wird, müſſen die Kläger ihm die durch die Confuſio erloſchenen Forderungsrechte wiederherſtellen oder vergüten[33]). 4) Wenn Jemand gegen den Antritt einer Erbſchaft reſtituirt wird, müſſen ihm auch die durch den Erbſchaftsantritt erloſchenen Rechte wiederhergeſtellt werden. Es folgt dieß ſchon aus der Natur der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, nicht ſowohl aus L. 87. §. 1. D. de acquirenda vel omittenda haereditate (29. 2.), einer Stelle, welche nur ſo viel beſagt, daß 5) den Pupillen, welche das beneficium abstinendi brauchen, die durch die Erbſchaftserwerbung confundirten Obligationenrechte wiederhergeſtellt werden müſſen. 6) Wenn der Erbe beim Antritt der Erbſchaft von der Rechtswohlthat des Inventariſirens Gebrauch macht, ſo wird dieß in Bezug auf ſeine eigene Perſon ſo angeſehen, als ob ſeine Forderungen an den Erblaſſer nicht durch den Antritt der Erbſchaft erloſchen wären[34]). 7) Wenn Jemand, welchem ſein Erbtheil der eigenen Unwürdigkeit halber entzogen wird, ſich mit ignorantia facti entſchuldigen kann, ſo darf er verlangen, daß die durch den Erbſchaftsantritt erloſchenen Forderungen wiederhergeſtellt werden[35]), während ihm da, wo ihm eine derartige Entſchuldigung nicht zur Seite ſteht, eine ſolche Wiederherſtellung überhaupt nicht gewährt wird[36]). In dieſen Ausnahmsfällen wird die Reſtitution der durch die Confuſio erloſchenen Obligation nicht allein in Betreff der Hauptſache, ſondern auch in Bezug auf die, mit derſelben verbundenen Nebenrechte, z. B. Bürgſchaften, verwirklicht werden müſſen, da dieß einestheils ſchon in dem Begriffe der Reſtitution zu liegen ſcheint[37]), anderntheils durch die Analogie der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand hinreichend beſtätigt wird. — Eine Confuſio nehmen die römiſchen Rechtsquellen auch in dem Falle an, wenn der Hauptſchuldner ſeinen Intercedenten, oder

---

31) L. 2. §. 18 u. 19. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.)
32) L. 27. §. 11. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)
33) L. 21. §. 2. D. de inofficioso testamento. (5. 2.) L. 22. C. de inofficioso test. (3. 28.)
34) L. 21. §. 9. C. de iure deliberandi (6. 30.), vergl. mit L. 21. §. 4. C. ibid.
35) L. 17. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.) Vergl. L. 21. §. 1. D. de SC. Silaniano. (29. 5.)
36) L. 17. D. 34. 9. L. 8. L. 18. §. 1. D. ibid. L. 29. §. 2. D. D. de iure fisci. (49. 14.)
37) Arg. L. 14. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.)

dieſer jenen oder ein Dritter beide zuſammen beerbt und die Hauptverbindlichkeit mehr enthält, als die des Intercedenten[38]). In dieſem Falle bleibt die Hauptverbindlichkeit ganz allein fortbeſtehen, und die, welche aus der Bürgſchaft entſteht, hört auf[39]). Dieß Aufhören iſt aber mit voller Wirkung zu verſtehen, da die in den römiſchen Rechtsquellen zur Bezeichnung dieſer Wirkung gebrauchten Ausdrücke gerade dieſelben ſind, welche von den anderen Fällen der Confuſio gebraucht werden[40]). Aus dem Geſagten ergibt ſich zugleich ſo viel als gewiß, daß eine Confuſio in folgenden Fällen nicht eintreten kann, wenn die Hauptobligation nur eine natürliche Verbindlichkeit iſt[41]), oder die beiden fraglichen Verbindlichkeiten völlig unabhängig von einander ſind[42]), oder doch ſo ſich zu einander verhalten, daß jede derſelben als eine Hauptobligation angeſehen werden muß, wie dieß bei duo rei promittendi[43]) der Fall iſt. Im zuletzt genannten Falle bleiben die beiden verſchiedenen Obligationen ſo neben einander ſtehen, daß der Kläger die Wahl hat, ob er den Schuldner als eigenen Schuldner, oder der Erbſchaft halber in Anſpruch nehmen wolle; doch verſteht es ſich dabei von ſelbſt, daß durch die Anſtellung der Klage aus dem einen Grunde die aus dem anderen erliſcht. Heimbach.

Congrua[1]) (congrua portio, pars). Congruum iſt das mit einem kirchlichen Amte verbundene erforderliche Einkommen.

Jeder Arbeiter iſt ſeines Lohnes werth; daher erhält auch jeder Beamtete und insbeſondere der Geiſtliche einen ſeiner Stelle und ſeinen Leiſtungen entſprechenden Gehalt: datur beneficium propter officium[2]). Das Amt (officium) iſt die Vorausſetzung für die Revenüen (beneficium), und die Verleihung jenes ohne dieſe würde im Allgemeinen für unzuläſſig erachtet werden müſſen.

Die alten Kirchengeſetze beſtimmen ſchon, es ſolle Niemand ordinirt

---

38) L. 14. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 21. §. 2. D. ibid. L. 5. D. ibid. L. 93. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 95. §. 3. D ibid. L. 13. D. de duobus reis const. (45. 2.) L. 24. C. de fideiussoribus. (8. 41.)

39) L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 13. D. 45. 2. L. 5. D. 46. 1. L. 21. §. 2. D. 46. 1. L. 24. C. 8. 41.

40) Obligatio tollitur (L. 21. §. 2. D. 46. 1.); fideiussor liberatur (L. 95. §. 3. D. 46. 3.); altera obligatio ab altera perimitur (L. 13. D. 45. 2.) etc.

41) L. 95. §. 3. D. 46. 3. L. 21. §. 2. D. 46. 1. Vergl. L. 5. D. ibidem.

42) L. 10. D. de actionibus empti. (19. 1.) L. 18. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

43) L. 93. §. 1 u. 2. D. 46. 1. L. 5. D. ibid. L. 13. D. 45. 2.

1) Man vergl. Rebuff, tractatus de portione congrua. Van Espen, ius ecclesiasticum universum P. II. tit. XXXIV. de portione congrua parochorum. S. auch Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. III. lib. II. cap. XXIV.

2) C. 9. X. de praebendis (3. 5.) (Alexander III. a. 1170), c. 19. eod. (Innoc. III. a. 1211), c. 15. (ult.) X. de rescriptis in VI. (1. 3.) (Bonifac. VIII. a. 1302).

werden, der nicht zugleich einen Wirkungskreis für eine beſtimmte Gemeinde übernimmt und deſſen Unterhalt damit geſichert iſt (ordinatio sine titulo facta irrita est)[3]). Dieſer Unterhalt ward aus den Einkünften der Kirche überhaupt beſtritten und vom Biſchofe, als dem Verwalter des Kirchengutes, gewährt. Der Biſchof mußte ſich daher auch vor der Ordination davon überzeugen, ob die Einkünfte zur Suſtentation des zu beſtellenden Klerikers hinreichten. Hatte er dieß verſäumt und waren die Kirchengüter nicht ausreichend, ſo mußte er aus ſeinen eigenen Mitteln den von ihm Ordinirten unterhalten[4]). Später wurden die kirchlichen Einnahmen genauer getheilt und bleibend mit einzelnen Stellen verbunden (beneficium). Dabei mußte dafür geſorgt werden, daß jedes Beneficium genügend groß war (congruum), und bei der Begründung kirchlicher Aemter und Gotteshäuſer war die hinreichende Dotation deshalb Vorbedingung[5]). Sowie früher die geiſtliche Weihe den titulus ordinationis oder ecclesiae vorausſetzte, ward dieſe nun auch auf den titulus beneficii ertheilt. Da aber nicht überall die Eintheilung des Kirchengutes in Beneficien üblich ward, und es am Titel nicht fehlte, wenn Jemand nur überhaupt wegen ſeiner Subſiſtenz bei der Kirche außer Sorgen ſtand, ſo war die Ordination gerechtfertigt, wenn es dem Anzuſtellenden nur nicht am nöthigen Auskommen (congrua sustentatio) fehlte[6]) So entſtand der titulus congruae (sustentationis), als titulus patrimonii und pensionis, und es fiel die Verpflichtung des Biſchofs, die Geiſtlichen zu unterhalten, fort, wenn er darauf hin ordinirt hatte, und beſtand nur fort, wenn er ſchlechthin ohne jeden Titel ordinirte[7]).

Hiernach entwickelten ſich beſondere Grundſätze über die congrua, beſonders auch für den Fall, wenn ein einzelner Geiſtlicher ſich zur Erleichterung Gehilfen annahm[8]). Die Quellen brauchen dafür verſchiedene Ausdrücke: congrua portio[9]), congrua sustentatio[10]), portio suffi-

---

3) Can. 6. Conc. Chalcedon. a. 451 (c. 1. dist. LXX). Vergl. Capit. Aquisgranense ann. 789, cap. 24. (al. 25.) (Baluzius, Capitular. I. 223. Pertz, monumenta Germ. III. 58) u. a. m. C. 2. dist. LXX. (Urban. II. a. 1095). Zwar bezieht ſich das Geſetz, ſowie der Ausdruck titulus zunächſt und urſprünglich nicht auf den Unterhalt der Ordinanden ſelbſt; indeſſen liegt auch die Rückſicht darauf nicht fern und wird ſpäter die entſcheidende (m. ſ. van Espen, ius eccl. P. II. tit. XVIII. §. 12).

4) Novella III. cap. 2. §. 1. a. 535. Nov. V. (daraus c. 2. X. de praebendis (3. 5.)). C. 37. de praebendis in VI. (3. 4.) (Bonifac. VIII.) Dieſe Pflicht ging auch auf den Nachfolger des Biſchofs über. C. 13. X. de aetate (I. 14.) (Innocent. III. a. 1214). C. 16. X. de praebendis (3. 5.) (idem a. 1216).

5) Novella LXVII. cap. 1. a. 538, CXXXVIII. cap. 7. a. 541. Daraus c. 9. dist. I. de consecr. Capitulor. lib. V. 228. lib. VII. cap. 73. u. a. m.

6) C. 2. X. de praebendis. (3. 5.)

7) Die nähere Ausführung gehört in den Artikel Ordination.

8) S. van Espen, Anm. 1 cit.

9) C. 4. de regularibus in VI. (3. 14.)

10) C. 1. de praebendis in VI. (3. 4.) Vergl. c. 2. §. 2. de decimis in VI. (3. 13.)

ciens[11]), sustentatio competens[12]) u. a., woraus ſpäter der Gebrauch von congrua, competens (competentia pastoralis) ohne weiteren Zuſatz hervorging.

Die Forderung der Kirche, daß bei der Fundation einer Stelle zunächſt auf eine hinreichende Dotation geachtet werden müſſe, ward als allgemeiner Grundſatz ſtets anerkannt und in beſonderen Fällen zur Anwendung gebracht[13]). Namentlich ſetzte im Jahre 1311 das Concil zu Vienne feſt[14]): Dioecesanis sub obtestatione divini iudicii districte inhibetur, ne praesentatum aliquem per quamcumque personam ecclesiasticam ius praesentandi ad ecclesiam aliquam habentem admittat, nisi intra certum terminum competentem per Dioecesanos ipsos praesentantibus praefigendum, ipsi praesentato fuerit coram eis congrua de proventibus ecclesiae portio assignata. Quam si forsan iidem praesentantes intra terminum ipsum assignare neglexerint, ne factum eorum noceat praesentato, statuitur, ut ex tunc dioecesani debeant praesentatum (nisi aliud canonicum obstet) admittere et in poenam praesentantium, ad dioecesanos ipsos potestas assignationis huiusmodi devolvatur. In ähnlicher Weiſe haben auch die ſpäteren Synoden[15]), zumal nach dem Concil von Trient[16]), und dann die weltliche Geſetzgebung der einzelnen teutſchen Territorien dieſem Gegenſtande eine vorzügliche Sorgfalt gewidmet.

Der Geiſtliche ſoll ein genügendes und feſtes Einkommen beſitzen. Die Größe der Revenüen richtet ſich natürlich nach dem Bedürfniſſe und den localen und temporären Verhältniſſen; jedenfalls muß aber immer dafür geſorgt ſein, daß der Geiſtliche nicht durch Bemühungen um den Erwerb dem Amte entzogen werde, und daß das Einkommen hinreicht, um auch die ihm obliegenden Leiſtungen gewähren zu können (ut exinde competentem sustentationem habere et episcopalia iura solvere valeant aliaque debita onera supportare)[17]). Bereits nach älteren Feſtſetzungen, welche auch das tridentiniſche Concil anerkannt hat[18]), ſoll dem Biſchofe darüber die Entſcheidung zuſtehen, und dieſer kann den Umſtänden gemäß die nöthig gewordenen Abänderungen treffen.

---

11) C. 30. X. de praebendis. (3. 5.)

12) C. 2. §. 2. de decimis in VI. (3. 13.)

13) Man ſ. insbeſondere c. 3. X. de ecclesiis aedificandis (3. 48.) (Alexander III. a. 1170), c. 30. X. de praebendis (3. 5.) (Concil. Lateran. a. 1216), c. 8. X. de consecratione ecclesiae (3. 40.) (Honorius III. a. 1222) u. a. m.

14) Clem. I. de iure patronatus (3. 12.).

15) Concil. Coloniense a. 1536, P. VIII. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VI. p. 290).

16) Sess. VII. cap. 7 de reform. Sess. XXI. cap. 4 de reform. Sess. XXIV. cap. 13 de reform. Vgl. Synod. Mechlinensis a. 1570, tit. de decimis christianitatum cap. 1. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VII. p. 621).

17) C. 12. X. de praebendis (3. 5.) (Alexander III. a. 1170). C. 1. de praebendis in VI. C. 2. §. 1. de decimis in VI. Concil. Trid. l. c.

18) Sess. VII. cap. 7 de reform. u. a. Auch bei Eximirten iſt der Biſchof dabei thätig. S. c. 1 de praebendis in VI. u. a. m.

Indeſſen ward ſchon frühzeitig eine Mitwirkung der weltlichen Behörde dabei üblich[19]), und dieſe iſt auch jetzt hergebracht oder ſelbſt allein als zuläſſig anerkannt[20]. Entſteht unter den Betheiligten ein Prozeß wegen der zu treffenden Maßregeln, ſo iſt im Allgemeinen ein ſummariſches Verfahren wohl gerechtfertigt, da die Grundſätze über Alimentationen als die leitenden erſcheinen[21]).

Das Einkommen muß aber auch ein ſicheres, feſtes ſein. Daher fordern die Geſetze res certae. Das Object ſelbſt kann jedoch ſehr verſchieden ſein, und zwar poſitiv und direct oder blos indirect einen beſtimmten Vortheil zuweiſen[22]).

Vor Allem gehört hierher eine fixirte Beſoldung in Geld, Früchten u. ſ. w., aus öffentlichen Caſſen oder von der Gemeinde entrichtet, die Benutzung von Aeckern, Gärten, Wäldern, Wieſen, Fiſchereien u. ſ. w. in natura oder das Pachtgeld dafür[23]), Zehnten und Zinſen verſchiedener Art, eine Amtswohnung oder der Erlös aus deren Vermiethung, inſofern ſolche nicht gehindert iſt[24]). Da, wo Naturaldeputate zu liefern ſind, müſſen dieſelben, falls ſie nicht in natura geleiſtet werden können, nach den entſprechenden Marktpreiſen vergütet werden[25]). Ferner kommen in Betracht zufällige Geldeinnahmen und Lei-

---

19) Van Espen l. c. P. II. tit. XXXIV. cap. VIII. §. 10 sq.

20) So in Oeſterreich nach einer Verordnung vom 22. Mai 1798 (vergl. überhaupt Helfert, von dem Kirchenvermögen, Th. II), in Preußen, gemäß Arg. des allgem. Landrechtes, Th. II, Tit. XI, §. 707 flg. (ſ. Bielitz, preuß. Kirchenrecht, §. 56), im Großherzogthum Heſſen nach Verordnung vom 4. Juli 1812, u. a.

21) Vgl. van Espen l. c. cap. V.

22) Es kann hier nicht darauf ankommen, alle einzelnen Gegenſtände in nähere Betrachtung zu ziehen, da die Grundſätze über dieſelben in eigenen Artikeln eine Stelle finden müſſen. Für unſeren Zweck genügt eine allgemeinere Claſſificirung der Objecte, mit Hervorhebung des kirchenrechtlich Prägnanten. Ausführlicher behandeln dieſen Gegenſtand: J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. V. §. 151 sq., und ius parochiale sect. V. cap. II. §. 18 sq. Eichhorn, Kirchenrecht, II. S. 743 flg. u. A. Von Particularrechten ſ. m. beſonders den Anmerkung 20 cit. Helfert. — Bielitz, Cap. VIII, S. 101 flg. Schmidt, der Wirkungskreis und die Wirkungsart des Superintendenten (Quedlinburg und Leipzig 1837, 8.), §. 51, S. 91 flg., §. 94 flg., S. 177 flg. a. a. m.

23) Mit einzelnen Beneficien ſind oft Leiſtungen, Zinſen und Dienſte von Gütern, Diöceſen u. ſ. w. verbunden; daher Pfarrbauern, Dotalbauern, Widemuthsbauern, Stiftsbauern, Gotteshausleute u. ſ. w. Vergl. Joh. Gottl. Heineccius, in den vermiſchten Anmerkungen und rechtlichen Gutachten (Berlin 1742, 8.), S. 74 flg. Joh. Aug. Apel, diss. de origine rusticorum dotalium eorumque inprimis in Saxonia conditione. Lips. 1795. Ueber das preuß. Recht ſ. m. Bielitz a. a. O. §. 59. Die Benutzung der Pfarrländereien iſt übrigens mitunter nur auf ſo viel Pfarrfeld beſchränkt, als zum eigenen Bedarf erforderlich iſt (ſ. z. B. das herzoglich naſſauiſche Edict vom 8. April 1818. Otto, nauſſauiſches Kirchenrecht, S. 227).

24) Oft iſt dabei der Conſens der vorgeſetzten Behörde erforderlich. M. ſ. z. B. Verordn. der Regierung zu Arnsberg v. 30. Jan. 1824 (in v. Kamptz Annalen 1824, H. I, S. 151).

25) Man vergl. deshalb für Preußen die Cabinetsordre vom 3. Dec. 1803, 13. April 1819, und mehrere Geſetze (ſ. Jacobſon, Geſchichte der Quellen

ſtungen (Accidentien), welche theils nach beſtimmter Taxe, theils nach freiem Ermeſſen des Gebers entrichtet werden, und welche nach einer gewiſſen Durchſchnittsrechnung als feſtes Einkommen zu veranſchlagen ſind [26]).

Außerdem genießen die Geiſtlichen indirect manche Vortheile, indem ihnen die Freiheit von verſchiedenen Abgaben bewilligt iſt, welche von den übrigen Staatsunterthanen getragen werden müſſen [27]). Dieſe Leiſtungen geſtalten ſich nach der Obſervanz und dem Particularrecht verſchieden. Was insbeſondere Steuern betrifft, ſo ward die Kirche und der Clerus gemeinhin nur ſo weit davon befreit, als nicht die Municipalverfaſſung darunter litt [28]). Doch half auch hier meiſtens der Staat durch beſondere Conceſſionen, wenigſtens ſoweit, daß die congrua nicht geſchmälert ward. Dieß iſt der Fall in Bayern [29]), Oeſterreich [30]), Württemberg [31]) und in anderen Ländern, in welchen eine allgemeine Steuerpflicht ſonſt für die Geiſtlichen beſteht. In Preußen [32]) dagegen, Kurheſſen [33]) u. a. iſt die Immunität eine umfaſſendere.

---

des preuß. Kirchenrechtes, Th. I, Bd. II, Anh., Nr. LXV, LXXXIII). Eine Verjährung des Anſpruchs auf die Naturallieferung ſelbſt iſt aber unzuläſſig (ſ. Miniſterialreſcript vom 16. Juni 1815; Jacobſon a. a. O. Nr. LXXVI). Im Großherzogthum Heſſen iſt eine temporäre Verwandlung der Naturalienbeſoldung für die Dauer des Beſoldungsgenuſſes der gegenwärtig Beſoldeten durch Verordnung vom 31. Januar 1822 geſtattet worden (Regierungsblatt 1822, Nr. 6, S. 35).

26) Das Speciellere hierüber gehört in den Artikel Stolgebühren. — Daß übrigens ſtatt der Accidenzien den Geiſtlichen wo möglich andere Einkünfte zugewieſen werden ſollten, und daß jene überhaupt in geringerem Maße angeſetzt würden, um das Gehäſſige der Zahlung für die Sacramentſpende u. ſ. w. zu beſeitigen, beſtimmte ſchon das Concil. Coloniense a. 1536, P. VIII. cap. 2. (Hartzheim, Concilia Germ. tom. VII. p. 290). Vergl. Concil. Colon. a. 1549, de medio tertio cap. X. (eod. p. 545.)

27) Im Allgemeinen fallen dieſe Vortheile unter den Begriff der Immunität.

28) Daher die wiederholten Erklärungen der Päpſte dagegen. M. ſ. z. B. c. 4. 7. X. de immunitate eccles. (3. 49.) (Concil. Lateran. a. 1179, 1215), c. 1. eod. in VI. (3. 23.) (Alexander IV. a. 1260), c. 4 de censibus in VI. (3. 20.), c. 4 de immunit. in VI. (Bonifacius VIII. a. 1298). Vergl. Clem. un. eod. (3. 17.) (Concil. Vienn. a. 1311).

29) Vergl. bayer. Regierungsblatt 1808, S. 396, 1811, S. 66; Geſetzblatt 1828, S. 122, 172, wegen der kathol. Geiſtlichen, und Reg.-Bl. 1812, S. 994, wegen der evangeliſchen.

30) Verordnung vom 24. Juni 1764. Erbſteuerpatent vom 15. Oct. 1810, §. 57 u. a.

31) Decret der Oberfinanzkammer vom 13. Nov. 1809. Decret des kath. geiſtl. Rathes vom 12. April 1814, Nr. 2. Siehe Knapp, Handbuch für die kath. Geiſtlichkeit in Württemberg (Tübingen 1815, 8.), Abth. 2, S. 458 flg.

32) Hier beſtand ſchon nach der älteren Verfaſſung Freiheit von der Contribution (Grundſteuer). Reſcript vom 19. März 1721, angewendet auf die im J. 1772 erworbenen Landestheile (ſ. Leman, weſtpreuß. Provinzialrecht, I. §. 1076, S. 278), vom Horn- und Klauenſchoſſe, dem Kopfgelde, den Schutz- und Nahrungsgeldern (ſ. Circ. der weſtpreuß. Regierung vom 21. Nov. 1776 bei Jacobſon, Geſchichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, Th. I, Bd. II, Anh., Nr. CXXIV), von der Acciſe (ſ. ſchleſiſches Acciſereglement v. 23. März

Die Größe der congrua ſelbſt geſtaltet ſich in den einzelnen Territorien verſchieden, denn bald hängt Alles blos vom Verhältniſſe der einzelnen Kirche und Gemeinde ab, bald erfolgt die Ausſtattung nach beſtimmter Claſſificirung, mit Rückſicht auf die Zeit der Amtsverwaltung, die beſondere Tüchtigkeit des Geiſtlichen und nach anderen Umſtänden[34]). Hiernach beträgt z. B. die congrua in Baden überhaupt 800 Flor.[35]), in Bayern für Pfarrer in größeren Städten 900, auf dem platten Lande 600, für Beneficiaten 400 Gulden[36]), in Oeſterreich für den Pfarrer 400 bis 600, für den Localcaplan 300 — 350, für den Cooperator 150—200 Gulden[37]) u. ſ. w. In Hannover ſind dagegen drei Hauptclaſſen für die Beſoldung angenommen, nämlich 1) von 300—600, 2) von 600—900 und 3) von 900—1200 Thalern und in jeder dieſer Claſſen drei Unterabtheilungen, welche von 100 zu 100 Thalern ſteigen[38]). Aehnlich beſtehen in Naſſau fünf Claſſen: 1) von 600—750, 2) von 750—1000, 3) von 1000—1200, 4) von 1200—1500, 5) von 1500—1800 Gulden[39]).

Wegen der congrua der Stellen der Capitularen an den Dom- und Collegiatſtiftern, ſowie für die Biſchöfe und Erzbiſchöfe ſind in den neueren Concordaten und Circumſcriptionsbullen genauere Feſtſetzungen ergangen. So erhalten z. B. der Probſt und Dechant in Cöln und Breslau 2000, in Münſter und Poſen 1800, in Trier 1400, in

---

1756. — Reſcript vom 12. 1828 (Jacobſon a. a. O. Nr. XCIII), von Lieferungsbeiträgen in Getreide-, Heu- und Strohnaturalien von den ſelbſt bewirthſchafteten Dienſtgrundſtücken (Verordn. der Regierung zu Frankfurt v. 30. März 1813, im Amtsblatte S. 231), von allen Communallaſten, insbeſondere der durch den Krieg herbeigeführten (Cab.-Ordre v. 30. Jan. 1817, in v. Kamptz Annalen 1817, H. I, S. 138; Miniſterialreſcript v. 27. Februar 1817), von der Claſſenſteuer (Geſetz v. 30. Mai 1820 in der Geſetzſamml.), von den Beiträgen für Correctionshäuſer und Hebammeninſtitute (Verordn. der Regierung zu Danzig v. 24. Januar 1819, im Amtsblatte S. 62) u. a. m. — Ueber die Gehaltsverhältniſſe in den preuß. Rheinlanden ſ. m. Hermens, Handbuch der Staatsgeſetzgebung über den chriſtl. Cultus (Aachen und Leipzig 1833, 8.), die im Regiſter S. 928 nachgewieſenen Stellen.

33) S. Ledderhoſe, kurheſſ. Kirchenrecht, herausgeg. v. Pfeiffer, §. 533, S. 502, u. A.

34) M. vergl. deshalb die Auszüge aus den neueren teutſchen Geſetzen bei Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes (2. Ausg.), Bd. I, S. 685 flg.

35) Regierungsblatt von 1816, S. 81, 330, 561. Vgl. Andr. Müller a. a. O. Bd. I, S. 26. Im Jahre 1838 iſt aber eine beſondere Claſſificirung der Dotationen (ähnlich, wie in Hannover, ſ. Anm. 38) vorgeſchlagen und bereits vom Staatsminiſterium genehmigt worden (ſ. allgem. Kirchenzeitung 1839, Nr. 69).

36) Verordn. vom 29. Juni 1810 (Reg.-Blatt S. 586). Landtagsabſchied v. 29. Dec. 1831, §. 46, 138 (Geſetzblatt 1832, Nr. 8, S. 98 flg.). Vergl. Müller a. a. O. Bd. I, S. 688.

37) S. Rechberger, anchirid. iuris eccl. Austr. T. II. §. 249—251. Müller a. a. O. S. 685, 686.

38) M. vergl. Brandis und Rupſtein, vierteljährige Nachrichten von Kirchen und Schulſachen, 1838, H. 4.

39) Otto, naſſauiſches Kirchenrecht, S. 227. Müller a. a. O. S. 693, 694.

Culm 1200 Thaler, und die einzelnen Domherren in beſtimmter Abſtufung 1200 (in Breslau 1100, Trier und Culm 1000), 1000 (Trier und Culm 900) und 800 Thaler, die Ehrencanonici 100, die Vicare 200 Thlr. u. ſ. w.

In der neueſten Zeit ſind auch Vorſchläge gemacht worden, um eine beſſere Dotation der Pfarreien zu erwirken und größere Uebereinſtimmung herbeizuführen, die Einkünfte aller Stellen eines Landes zu einem gemeinſamen geiſtlichen Fonds zu vereinigen und daraus mit Rückſicht auf das beſondere Bedürfniß die Beſoldung zu entnehmen[40]). Mit Grund iſt aber die Schwierigkeit, ja zum Theil ſelbſt die rechtliche Unmöglichkeit einer ſolchen Maßregel dagegen nachgewieſen worden[41]).

Die Stellung der Geiſtlichen blieb bis zum ſechszehnten Jahrhunderte im Ganzen eine gleich günſtige, da dieſelbe meiſt durch ältere Fundationen geſichert war und die ſinkende Achtung des Clerus beim Volke nicht beſonderen Nachtheil hinſichtlich ſeiner Einnahmen herbeiführen konnte. Durch die Reformation aber und die in Folge derſelben bewirkte Säculariſation vieler Kirchen= und Stiftsgüter ward die äußere Lage der evangeliſchen Geiſtlichen meiſtens eine unvortheilhafte, denn die Gutsherrſchaften und Gemeinden, auf welche die Pflicht zur Erhaltung ihrer Seelſorger überging, waren häufig nicht geneigt, die bisherigen Leiſtungen zu gewähren oder ſonſt die erforderlichen Mittel herzugeben, und ſo blieben manche Orte lieber ganz ohne Prediger, oder nöthigten die Anzuſtellenden zu ungünſtigen zeitigen Miethcontracten[42]), oder ſtellten durchaus untüchtige Perſonen an, welche mit geringer Suſtentation zufrieden waren. So klagten unter anderen die Superintendenten auf einer Synode zu Greifswalde im Februar des Jahres 1556: Die Patrone reißen die Pfarrgüter und Aecker zu ſich, laſſen verfallen Amt, Kirchen und Häuſer, fahren zu und ſtecken oft untüchtige Perſonen in die Pfarren, ohne Vorwiſſen der Superintendenten, oftmalen denſelben zuwider, auf daß ſie die Güter einbehalten mögen, denn die elenden Märtyrer müſſen wohl zufrieden ſein, halten ſie darnach geringer denn Sauhirten, treiben ſie in die Jagd, müſſen ihre Schreiber und Boten ſein, wie an vielen Orten vorgegangen[43]). Darum klagte auch Luther: Die Pfarrer müſ=

---

40) So in Württemberg (m. vergl. Rheinwald, Repertorium der theolog. Literatur, Bd. I, S. 220), im Großherzogthum Heſſen (allgem. Kirchenzeit. 1834, Nr. 157, S. 1247, 1248), in Baden (allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 69).

41) M. vergl. Schwabe, über die Unzuläſſigkeit einer Centraliſirung des Kirchengutes, in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. V, Nr. 4, S. 76 flg. Kühlenthal, in der allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 69. — Die Unthunlichkeit ſolcher Vorſchläge hatte ſich übrigens in Preußen bereits im Jahre 1721 ergeben (m. ſ. Jacobſon, Geſchichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, I. II. S. 89).

42) Noch im Jahre 1580 hatte man in Braunſchweig einen ſolchen Contract ſchließen wollen; doch erklärte das dortige Miniſterium, daß ein Prediger nicht nöthig habe, ſich nur auf gewiſſe Jahre beſtellen zu laſſen (ſ. das Bedenken des Miniſteriums in Rehtmeyer, braunſchweigiſche Kirchengeſchichte, Th. III, S. 345 flg.).

43) Codex Msptus zu Gotha, Fol. 270. S. 131.

ſen entlaufen, denn ſie haben nichts, gehen herum und ſehen aus wie die dürren Geiſter.

Es konnten dieſe Mißverhältniſſe nur durch kräftige Mitwirkung der Fürſten beſeitigt werden, und ſo erfolgten in den einzelnen evangeliſchen Ländern Viſitationen, eine neue Begrenzung der Diöceſen (Superintendenturen) und Pfarrſprengel und dabei Anordnungen wegen der Dotation der Kirchen und Pfarreien[44]). Nach und nach ward auch den Bedürfniſſen mehr entſprochen und insbeſondere in der neueſten Zeit den Geiſtlichen eine günſtigere Stellung gewährt[45]). Mit Recht hat man möglichſt dafür geſorgt, daß die Einnahmen in fixirten Geldſummen beſtehen und aus öffentlichen Caſſen entrichtet werden, ſo daß die Accidentien und Sporteln ſeltener geworden ſind. So iſt im Königreiche Sachſen unterm 4. Juli 1837 von den Ständen die Summe von 11,265 Thalern bewilligt, damit die Superintendenten fixirt würden[46]), und durch die Miniſterial-Verordnung vom 10. Januar 1839, die Regulirung der Amtseinkünfte der Superintendenten betreffend[47]), iſt es nun dahin gekommen, daß nur in wenigen Fällen überhaupt noch Sporteln gezahlt werden.

Ueber die Natur des Rechtes des Geiſtlichen am Beneficium, alſo an der congrua, iſt nach den Grundſätzen des canoniſchen Rechtes zu behaupten, daß es nicht ein einfacher Nießbrauch ſei, ſondern ein umfaſſenderes ius in re enthalte[48]), analog dem lehnrechtlichen dominium utile, jedoch wegen der mangelnden Erblichkeit mehr nur feudastrum. Die Einwirkung im Einzelnen geſtaltet ſich aber mit Rückſicht auf das Object und nach particularem Rechte verſchieden[49]). Der Anſpruch auf

---

44) M. vergl. z. B. von Sachſen: Weber, ſächſiſches Kirchenrecht, B. I, Th. I, §. 21 flg.; von Heſſen: v. Rommel, Geſchichte Philipps des Großmüthigen, I. 151 flg., II. 114 flg. u. a.; von Preußen: Jacobſon a. a. O. Th. I, B. II, Cap. I. Vergl. Arnold, preuß. Kirchenrecht, Buch III, Cap. I u. II.

45) M. vergl. die Verhandlungen der Stände und die in Folge derſelben emanirten neueren Geſetze. Insbeſondere ſoll auch, damit den Geiſtlichen ihr volles Einkommen zu Theil werde, bei der Anſtellung ſtets eine ſorgfältige Prüfung der Vocationen erfolgen (preußiſche Miniſterialverordnung vom 20. April 1836. Verordn. der Regierung zu Königsberg vom 7. December 1836. Jacobſon a. a. O. I. II. Anh. Nr. CXV. Nr. 2).

46) Allgem. Kirchenzeit. 1837, Nr. 178, S. 1470 flg. — In Preußen ſollen nach der Cabinetsordre vom 21. April 1838 (vergl. Circ. der Regierung zu Frankfurt a. O. vom 5. Juli 1838 in der cameraliſtiſchen Zeitung, Berlin 1838, Nr. 52, S. 1229, 1230) die Gebühren für Haustrauungsconceſſionen, beſonders zur Remunerirung der unbeſoldeten Superintendenten und Schulinſpectoren mit verwendet werden.

47) Allgem. Kirchenzeit. 1839, Nr. 50.

48) Daher Alexander III. im J. 1170 in c. 2. X. de donationibus (3. 24.): Quod episcopus et quilibet alius ecclesiasticus praelatus ecclesiasticarum rerum sit procuratus, non dominus, conditionem ecclesiae meliorare potest, facere autem deteriorem non debet. Vgl. c. 5. X. de peculio clericorum (3. 25.) (Concil. Toletan. II. a. 531), c. 17. de praebendis in VI. (3. 4.) (Bonifacius VIII.).

49) S. Anm. 23 flg. oben. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht, II. 743 flg.

den Genuß der congrua ſelbſt beginnt mit der Annahme der Collation[50]), inſofern nicht wegen zu leiſtender Annaten (ſ. den Art.), wegen gewiſſer dem Beneficium ſonſt obliegender Laſten (Diminutionen, Reſervationen, Penſionen u. ſ. w.), oder einer Carenzzeit, eines Gnadenjahres u. ſ. w.[51]) ein Hinderniß eintritt. Der Genuß iſt aber ein lebenslänglicher, inſofern nicht dem Verleiher die willkürliche Entziehung zuſteht, wie beim vicarius temporarius, oder einem beneficium manuale, ad nutum amovibile, oder aus beſtimmten geſetzlichen Gründen die Entziehung der congrua erfolgt.

Was der Geiſtliche aus der congrua erwirbt und reſpective erübrigt, bildet ſein peculium clericale, worüber jetzt im Allgemeinen, inſofern nicht particularrechtliche Ausnahmen beſtehen, inter vivos und mortis causa verfügt werden darf[52]).

Die congrua muß ſtets vollſtändig erhalten, und ſoll dem Geiſtlichen nicht durch Beſchlagnahme entzogen werden. Schon das gemeine Recht ſichert deshalb die verſchuldeten Kleriker[53]). Nähere Feſtſetzungen enthalten die Territorialgeſetzgebungen, wie denn unter anderen das preußiſche Recht feſtgeſtellt hat, daß ein Beſchlag auf die Beſoldung und Emolumente nur in der Art ſtattfindet, daß ein jeder 400 Thlr. frei behält. Gegen diejenigen, welche nur ſo viel oder weniger Dienſteinkünfte haben, ſoll daher gar kein Arreſtſchlag, bei den übrigen aber der Beſchlag nur auf die Hälfte des nach Abrechnung der 400 Thlr. bleibenden Ueberſchuſſes der Beſoldung und Emolumente geſtattet werden. Nur bei Schulden aus unerlaubten Handlungen und bei currenten öffentlichen Abgaben findet dieſe Gewährung der Competenz nicht ſtatt[54]).

---

50) C. 17. de praebendis in VI.

51) Näheres hierüber iſt in beſonderen Artikeln auszuführen. Namentlich kommt hier in Betracht die Auseinanderſetzung des neu anziehenden und abgehenden Pfarrers, oder der Erben des letzteren, die Verwendung der Intercalarfrüchte u. ſ. w.

52) Die weitere Ausführung gehört nicht hierher. M. vgl. indeſſen Frey, Commentar über das Kirchenrecht, Bd. IV, S. 972 flg. Eichhorn, Kirchenrecht, II. 749 flg.

53) C. 3. X. de solutionibus (3. 23.) (Gregor IX. a. 1234), auf das man ſich hierbei gewöhnlich bezieht, ſpricht nur von dem Falle, daß gegen einen Geiſtlichen, der keine Pfründe beſitzt, nicht mit geiſtlichen Strafen verfahren werden ſolle. Durch Uſualinterpretation, alſo durch die Praxis, iſt aber das beneficium competentiae daraus hergeleitet worden. M. ſ. Hommel's Rhapſodien. Observ. 13. J. H. Böhmer, zum c. X. cit. und ius eccl. Prot. lib. III. tit. 23. §. 20 sq. Eichhorn, Kirchenrecht, I. 537—539, u. A. Im Allgemeinen ſ. m. auch den Art. beneficium competentiae.

54) S. Anhang zur allgem. Gerichtsordnung §. 160—164, 168—170, und mehrere Reſcripte u. ſ. w. bei Bielitz, preuß. Kirchenrecht, §. 53, 54. Dieſe Beſtimmungen ſind durch Cabinetsordre vom 23. Mai 1826 (Geſetzſammlung d. J. Nr. 9) auch auf diejenigen Landestheile ausgedehnt worden, in denen die allgem. Gerichtsordnung nicht gilt. Dadurch ſind denn die franzöſiſchen Decrete vom 18. Nivose an XI. (8. Januar 1803) und 13. Fructidor an XIII. (31. Auguſt 1805) Art. 6 (Hermens, Handbuch a. a. O. I. 667, II. 329, vergl. 784), worin es allgemeiner heißt: Les traitements ecclésiastiques seront insaisissables dans leur totalité, rückſichtlich der Summe modificirt werden.

In Oeſterreich iſt als die Grenze der Execution die Summe von 300 Gulden feſtgeſtellt[55]) und in Bayern darf ein Drittheil des Einkommens eingezogen werden[56]).

Wenn wegen **nicht genügender** oder **mangelnder Congrua** der Gottesdienſt nicht gebührend verwaltet werden kann, ſo ſoll nach gemeinem Rechte eine Union der Kirchen, nöthigenfalls mit Suppreſſion der einen, erfolgen. Sonſt ſoll aus den Oblationen der Zehnten, in subsidium mittelſt Collecten, dem Bedürfniſſe abgeholfen werden[57]). Bei Veränderungen der Art iſt jetzt die Mitwirkung des Staates erforderlich, welcher auch durch Anweiſung auf den Religionsfonds, die Intercalarfrüchte u. ſ. w., dem Mangel eher abzuhelfen geneigt iſt, als Supprimirung der Kirchen zu geſtatten[58]).

H. F. Jacobſon.

Connoſſement[1]) (conocimiento, polizza di carico, police de cargaison, bill of lading, und im neueren Latein gewöhnlich apocha

---

55) S. Helfert, vom Kirchenvermögen, II. §. 56.

56) Andr. Müller, Lexikon, I. 478.

57) So nach dem Concilium Tridentinum sess. XXIV. cap. 13 de reform.: In parochialibus ecclesiis, quarum fructus tam exigui sunt, ut debitis nequeant oneribus satisfacere, curabit episcopus, si per beneficiorum unionem, non tamen regularium, id fieri non possit, ut primitiarum vel decimarum assignatione, aut per parochianorum symbola ac collectas, aut qua commodiori ei videbitur ratione, tantum redigatur, quod pro rectoris ac parochiae necessitate decenter sufficiat.

58) M. ſ. z. B. von Bayern die Verordnungen vom 10. Juni 1810, 4. Januar 1811, 23. Juni 1827 (Andr. Müller a. a. O. I. 689), für Würtemberg die Verordn. des katholiſchen Kirchenrathes v. 10. Nov. 1818 (Müller a. a. O. S. 690), für Naſſau die Edicte vom 6. und 25. April 1818 (Müller, S. 694) u. a. m.

1) Neuere Geſetze: Preuß. Landrecht II. 8. §. 1655, 56, 1668—74, 1716, 1720—22. Auch noch I. 20, §. 367—370. Code de commerce art. 281—285. Niederländ. Handelsgeſetzb. Art. 398 flg. Span. Handelsgeſetzb. Art. 799 flg. Portugieſiſches Handelsgeſetzb. Art. 1553 flg. — Literatur: Von den Lehrbüchern des Privatrechtes iſt hier nur Mittermaier, §. 545, 549, 565, zu nennen. Martens, Handelsrecht, §. 15 (ſehr dürftig). Bender, Handelsr. Bd. 1, §. 84. Pöhls, Handelsr. Bd. 1, S. 181 flg., Bd. 3, S. 447 flg. Pardessus, droit de commerce T. III. p. 188 sq. Gerdes, de literis recognitionis. Gron. 1744. Blanck, 1745. Slüter, de traditione mercium per literas recogn. Traj. ad Rhen. 1750. Rentzel, de litt. recog. praesertim duplicibus. Lugd. Batav. 1754. Steetz, de instrum. recog. Ultraj. 1785. Widow, de dominio mercium liter. recog. transmis. 1791. Haman, de litt. recog. s. connossamentis duplicib. Berol. 1827. Dieſe Diſſ. ſind faſt ſämmtlich von Hamburgern. Romunde, de recepti maritimi cautione, quae vulgo connossement etc. Traj. 1834. Büſch, Darſtellung der Handlung (Hamb. 1810), Zuſätze II. S. 360. Benecke, Aſſecuranzweſen, Bd. 1, S. 214. Quiſtorp, rechtl. Bemerkungen, Nr. 108. Carſtens, Beiträge zur Erläut. des lüb. Rechtes (1814), S. 133. Jacobſen, Seerecht (1815), S. 234 flg. Geſterding, alte und neue Irrthümer, S. 233. Archiv f. das Handelsrecht (1818), Bd. 1, S. 188 flg., Bd. 2, S. 231 flg. Holtius, over bezetver krijening by cognosc. in Den Tex Bydragen (Amst. 1834), T. VIII. p. 181. Wohl unſtreitig das Beſte über dieſen Gegenſtand. Elvers, praktiſche Arbeiten (1836), S. 96—135. Treitſchke, Kaufcontract (1838), S. 133—136.

oneratoriae litera recognitionis genannt)[2] iſt eine Urkunde, in welcher der Schiffer bekennt, Waaren am Bord ſeines Schiffes erhalten zu haben, und ſich verpflichtet, dieſelben am Beſtimmungsorte an den deſignirten Empfänger abzuliefern. Es muß in einem ſolchen Connoſſement insbeſondere der Name des Schiffes, des Schiffers, ſowie des Abladers genau angegeben ſein, dem Namen des Deſtinatärs oder Conſignatärs pflegt oft auch ein „an Ordre" hinzugeſetzt zu werden, wodurch das Connoſſement als ein nach kaufmänniſcher Weiſe durch Indoſſament übertragbares Document bezeichnet wird; es braucht aber nicht immer ein beſtimmter Empfänger gleich benannt zu ſein, ſondern der Schiffer kann ſich nur verpflichten „an die Ordre" des Abladers die Ladung abzuliefern, indem dieſem noch die Beſtimmung darüber vorbehalten bleibt. In der Regel pflegen auch noch die Frachtbeſtimmungen, wie ſie im Frachtcontracte feſtgeſetzt ſind, aufgenommen zu werden[3]). Aus dieſen Angaben ergibt ſich, was zu dem weſentlichen Inhalte eines Connoſſements gehört[4]). Das Connoſſement dient alſo zunächſt dazu, um den Empfang der Waaren, wie ſie darin verzeichnet ſind, abſeiten der Schiffer, und daß mithin die angegebenen Waaren wirklich in dem Schiffe verladen worden ſind (was beſonders auch für die zu ſchließende Aſſecuranz wichtig iſt)[5]), zu beſcheinigen. Es kann jedoch das Connoſſement nur die dem Schiffer bei der Verladung wahrnehmbare Menge und Beſchaffenheit der Waare beweiſen[6]), und es wird ihm daher wohl in neueren Seerechten ausdrücklich das Recht eingeräumt, daß wenn ihm die Waaren nicht zugemeſſen, zugewogen, zugezählt ſind, auf dem Connoſſement zu bemerken, daß ihm Zahl, Sorte, Gewicht oder Maß unbekannt ſind. Es verſteht ſich dann auch, daß die einmal verladenen Waaren ohne Rückgabe aller Connoſſemente nicht wieder gelöſcht werden können. Nach dieſer Beſchaffenheit und nächſten Zweckbeſtimmung des Connoſſements zu urtheilen, würde daſſelbe dem Frachtcontracte unterzuordnen ſein, allein der Gebrauch, den die Kaufleute von dieſen Documenten machen, gibt ihnen eine allgemeinere, handelsrechtliche Bedeutung, und erzeugt ſchwierige Rechtsfragen,

2) Nach Holtius Bemerkung, a. a. O. S. 184, darf der Urſprung des Wortes nicht in Italien geſucht werden, da ſich dort dieſe Benennung nicht nachweiſen läßt; der italieniſche Name iſt: polizza di carico. Conociemento iſt vielmehr ſpaniſch und bezeichnet ein Bekenntniß etwas empfangen zu haben überhaupt.

3) Preuß. Landr. II. 8. §. 1668: Nach geendigter Ladung muß jedem Befrachter ein Empfangſchein oder ſogen. Conoiſſement unter des Schiffers Unterſchrift zugeſtellt werden. §. 1669: Darin müſſen die Waaren und deren Qualität, mit Zeichen und Nummern, der Ort ihrer Beſtimmung, der Name des Befrachters und Empfängers, die bedungene Fracht, und ob und was ſchon darauf bezahlt worden, ausgedrückt ſein. — Aehnliches C. de comm. art. 281.

4) S. über die Form der Connoſſ. Pöhls a. a. O. Bd. 3, S. 447—53. Formulare im Anhang zu Engelbrecht, wohlunterwieſene Schiffer, S. 133 flg.

5) Inwiefern die Connoſſemente bei den Aſſecuranzen in Betracht kommen, und die dahin gehörigen Rechtsverhältniſſe hat erläutert: Benecke, Syſtem des Aſſecuranz- und Bodmereiweſens, Bd. 1, S. 214 flg.

6) Mittermaier a. a. O. §. 545. I.

die eine genauere Feſtſtellung erheiſchen. Es hat ſich nämlich in der Handelswelt die Anſicht ausgebildet, daß durch das Connoſſement die Waaren ſelbſt übertragen werden, ſo daß der Schiffer dem rechtmäßigen Inhaber dieſelben auszuliefern hat. Es wird daher das Connoſſement nicht nur von dem Ablader dem Deſtinatär, um dieſen zum Empfang zu legitimiren überſchickt, ſondern es kann dieſer die Waaren, über deren Verladung und Beſtimmung an ihn er durch das Connoſſement Gewißheit erhalten hat, nun ſchon an den Markt bringen, und es werden dieſe Waaren dann ſelbſt ſchon durch Ceſſion des Connoſſements oder gewöhnlich durch Indoſſement, ſofern es an Ordre lautet, ähnlich, wie beim Wechſel, übertragen. Es werden daher auch mindeſtens drei Exemplare des Connoſſements ausgefertigt, damit eines der Schiffer behalte, ein anderes des Abladers und ein drittes von dieſem dem Conſignatär überſendet werde. Zu dieſem letzteren Zwecke werden dem Ablader auch wohl mehrere Exemplare zugefertigt [7]), indem man wohl, wie bei Wechſeln, verſchiedene Exemplare mit verſchiedenen Schiffen verſendet, damit eines möglichſt ſicher an den Beſtimmungsort ankomme. Es dient ein Exemplar auch wohl dazu, wenn die Verſicherung an einem dritten Ort beſchafft werden ſoll, um dieſe dann auf das Connoſſement zu nehmen [8]). Nach franzöſiſcher und andern neuen Handelsgeſetzgebungen ſollen mindeſtens vier Exemplare ausgefertigt werden, indem eines, außer dem Ablader, noch der Rheder erhält [9]).

Wann dieſer Gebrauch der Connoſſemente ſich gebildet hat, iſt noch keineswegs gehörig unterſucht und feſtgeſtellt. Seit dem 17. Jahrhundert bis auf die neueſte Zeit läßt ſich derſelbe in Geſetzgebungen und Rechtsſprüchen in den vorzüglichſten Handelsſtaaten Europas nachweiſen [10]). Doch hat es nicht an Schriftſtellern von ſonſt wohlbegründetem Anſehen gefehlt, welche es in Abrede geſtellt haben, daß, wie man ſich wohl ausdrückt, das Connoſſement die Waaren gleichſam repräſentirte, und daß durch daſſelbe dieſe übertragen werden; ſie haben nämlich ein bloßes contractliches Verhältniß zwiſchen den Conſignirenden und den Conſignatär, und eine bloße daraus hervorgehende perſönliche Verpflichtung des Schiffers gegen letzteren annehmen wollen [11]). Von einer anderen Seite zu weit gehend, haben dagegen ältere Rechtslehrer behauptet, daß durch das Connoſſement jedesmal das Eigenthum der Waaren auf den Inhaber

---

7) Preuß. Landr. II. 8. 1670: Von jedem Connoiſſement muß der Schiffer drei Exemplare, und wenn der Befrachter es verlangt, auch das vierte unterzeichnen; zugleich aber dahin ſehen, daß ſie völlig gleichlautend ſind, und daß in jedem die Zahl der ausgefertigten Exemplare bemerkt werde.

8) Benecke a. a. O. Bd. 1, S. 234.

9) C. de commerce art. 282. Mittermaier, §. 545, Note 6.

10) Es iſt dieſes beſonders geſchehen von Holtius in der angeführten Abhandlung S. 184—202. S. auch Mittermaier, §. 565, II. Note 7, und die daſelbſt angef. Schriftſteller und neueren Handelsgeſetze.

11) Es ſind dieſes beſ. Emerigon, traite des assurances, c. 11. s. 3. p. 319. Jacobſen, Seerecht des Krieges und Friedens (Altona 1815), S. 234 flg. Vergl. damit Elvers, prakt. Arbeiten, a. a. O. S. 123, und beſ. Holtius a. d. in voriger Note angef. Orte.

übertragen werde. Eine Betrachtung der kaufmänniſchen Verhältniſſe zeigt aber leicht die Unrichtigkeit auch dieſer Anſicht. Allerdings findet es bei Verladung einer Waare und Ueberſendung oft ſtatt, daß der Ablader dem Empfänger das Eigenthum übertragen will, und dieſer es erwirbt; ſie können ſich wie Verkäufer und Käufer gegenüberſtehen, wo dann dieſer, wenn die Waaren bezahlt, z. B. ſogleich Wechſel auf ihn gezogen oder creditirt ſind, allerdings durch Ueberſendung des Connoſſements das Eigenthum der Waaren erhält. Allein der Empfänger kann auch bloßer Commiſſionär, dem der Ablader die Waaren zum Verkauf, oder Spediteur ſein, dem er ſie zur Weiterbeförderung überſendet [12]). Hier, ſieht man leicht, kann von einem Eigenthumserwerbe keine Rede ſein. Welche Rechte der Empfänger an der Waare erwirbt, kann daher nur aus den ſonſt ſtattfindenden Verhältniſſen, nicht aus dem Connoſſement entnommen werden. Da aber der Connoſſementsinhaber gleichſam ſchon als Inhaber der Waare ſelbſt betrachtet wird, ſo hat man dieſes in neuerer Zeit ziemlich allgemein, und wie es namentlich noch durch Pöhls geſchieht, als eine ſymboliſche Tradition anſehen wollen [13]), eine Vorſtellung, die wohl durch die gewöhnliche Ausdruckweiſe, daß das Connoſſement die Waare vertritt, hervorgerufen ſein mag. Die ganze Sache hat ſich aber zu einer Zeit auf einem Gebiete ausgebildet, wo die Rechtsſymbolik ſonſt nicht eben gewöhnlich heimiſch zu ſein pflegt, und es dürfte daher eine durch handelsrechtliche Gewohnheit begründete Abweichung vom römiſchen Rechte, dem die Idee einer ſymboliſchen Tradition fremd iſt, ſchwerlich erweislich und zur Erklärung der vorkommenden Rechtsverhältniſſe nothwendig und genügend ſein. Das Connoſſement läßt ſich etwa mit den Schlüſſeln vergleichen, ſowie dieſe den Raum erſchließen, und durch ihre Uebergabe der Empfänger den wirklichen Beſitz der darin befindlichen Waaren erwirbt, ſo öffnet gleichſam das Connoſſement den Raum des Schiffes, indem der Schiffer dem Inhaber deſſelben die Waaren auszuliefern hat. Durch das Connoſſement wird daher der Beſitz nicht ſymboliſch, ſondern wirklich übertragen. Es iſt dieſes vorzüglich von Holtius und dann von Elvers, der auf die treffliche Arbeit ſeines Vorgängers aber keinen Bezug genommen hat, ausgeführt worden. Der Schiffer iſt nämlich nicht als ein Mandatar des Befrachters, und in der Regel auch nicht des Conſignatärs (der nicht einmal immer unterrichtet, wenn eine Ladung an ihn abgeht, und mit welchem Schiff und Schiffer), ſondern als ein negotiorum gestor des letzteren zu betrachten [14]). Pöhls [15]) ſagt zwar noch: Der Schiffer übernahm ſeine Verbindlichkeit, die Waare an den Deſtinatär auszuliefern, allein gegen den Ablader. Der dritte Empfänger kann gegen ihn daher nur ein abgeleitetes Recht behaupten, deſſen Quelle immer der Ablader bleibt. — Treffender ſcheint mir aber die Darſtellung von Hol-

---

12) S. Benecke, I. S. 219 flg.
13) Pöhls a. a. O. S. 181.
14) Die engliſchen Juriſten betrachten ihn als Procurator des Adreſſaten. **Holt, shipping and navigation law II. p. 61. Law magazine X. p. 355 sq.**
15) Pöhls a. a. O. Bd. 1, S. 183.

tius[16]): Wenn der Schiffer Güter an Bord nimmt, und darüber ein Connoſſement zeichnet und abgibt, ſo handelt er im Bewußtſein der ſeerechtlichen Gewohnheit, die ihn verpflichtet, an den (oder deſſen Ordre) abzuliefern, der in dem Connoſſement genannt iſt, und daß dieſe Verpflichtung gebietend und unvermeidlich iſt, ſo daß er für dieſen in den Beſitz der Güter tritt. — Der Schiffer ergreift für den Connoſſementsinhaber die custodia oder den factiſchen Beſitz, und durch die Ratihabition des Conſignatärs oder derweiligen Connoſſementsinhabers, tritt der animus possidendi hinzu, wodurch ſich jene custodia in eine wahre juriſtiſche possessio verwandelt. Wenn auf dieſe Weiſe die Rechtsverhältniſſe ſich hier den Rechtsgrundſätzen des römiſchen Rechtes gemäß geſtalten, ſo darf man doch nicht dieſe als die Quelle derſelben betrachten wollen. Es iſt die Vermuthung nicht unwahrſcheinlich, daß Vorſtellungen, die dem Wechſelrechte entlehnt ſind, auf die Ausbildung dieſer Lehre eingewirkt haben, wo der Acceptant nicht ſowohl eine Verpflichtung gegen den Ausſteller des Wechſels, ſondern gegen den Remittenten und Jeden, der durch ſein Indoſſement Inhaber des Wechſels geworden iſt, übernimmt[17]).

Es kommt im kaufmänniſchen Leben wohl vor, daß von dem Ablader, während ein Connoſſement bereits abgeſchickt worden, und dadurch der Inhaber nun ſchon in den Beſitz der Waaren ſelbſt gekommen iſt, eine andere Verfügung über die Waaren getroffen wird. Es geſchieht dieſes gewöhnlich durch die Abſendung eines zweiten Connoſſements. Es fragt ſich, ob der Ablader dazu berechtigt iſt? Hierbei kommt es aber darauf an, welches Verhältniß zwiſchen ihm und dem erſten Deſtinatär ſtattfindet, und welche Rechte an der Waare dieſer mit dem Beſitze (der eine bloße Detention oder ein Civilbeſitz ſein kann) derſelben erworben hat. Wenn der Diſtinatar nur etwa Spediteur oder Commiſſionär des Abladers iſt, ſo ſteht einer anderen Verfügung über die Waaren im Allgemeinen nichts entgegen, da er ſein Mandat (Verkaufscommiſſion u. dgl.) entziehen kann. Es wird aber der erſte Connoſſementsinhaber immer die Rechte, die mit dem Beſitze als ſolchem verbunden ſind, geltend machen können, und es kommt hier auch beſonders das Retentionsrecht oder gar Pfandrecht, namentlich in dem Falle, wenn der Commiſſionär zugleich Tratten ſeines Committenten honorirt hat[18]), in Betracht. Dagegen fällt das Dispoſitionsrecht weg, wenn der Inhaber des Connoſſements Eigenthümer der Waaren geworden, wenn er ſie alſo durch Kauf erworben[19]), oder wenn ſie ihm in solutum gegeben ſind[20]). Beim Kaufe kommt in Betracht, ob derſelbe nach den dabei unter Kaufleuten in Bezug auf manche Arten des Kaufes geltenden Regeln (die unter dem Artikel Kaufcontract erläutert werden ſollen) bereits perfect geworden, und ob der Kaufpreis, ſei er baar gezahlt oder, was dem gleichſteht, Compenſation eingetreten oder Cre-

16) Holtius a. a. O. S. 204.
17) Holtius a. a. O.
18) S. den Art. Commiſſionshandel, S. 717.
19) S. Pöhls, Bd. 1, S. 184, u. Bd. 3, S. 458. Mittermaier, §. 565, Note 13.
20) Holtius a. a. O. S. 209.

dit gegeben iſt. Die directe Ueberſendung des Connoſſements an den Käufer, iſt aber als ein Zeichen anzuſehen, daß der Abſender habe Credit geben wollen [21]). — Die teutſchrechtliche Beſchränkung der Vindication, die man durch „Hand muß Hand wahren" bezeichnet, kann hier aber in zweifacher Weiſe wirkſam werden: a) indem, wenn dem Abſender das Eigenthum der verſendeten Waaren nicht zuſtand, der wirkliche Eigenthümer dieſelben nicht von dem Conſignatär, nachdem ihm das Connoſſement überſendet worden iſt, vindiciren kann; b) aber ebenſo die Befugniß des Abſenders, anderweit über die Waaren zu verfügen, nicht geltend gemacht werden kann, wenn der erſte Connoſſementsinhaber mittelſt Uebertragung des Connoſſements die Waaren ſelbſt veräußert hat [22]). Die hamburger Fallitenordnung (Art. 25) verordnet aber [23]): Sind Waaren aus der Fremde von einem Falliten verſchrieben, die von demſelben überall nicht oder nicht völlig bezahlt ſind, und der Verſender erfährt immittelſt, da die Waare zu Waſſer oder zu Lande noch unterwegs iſt, entweder durch das Gerücht oder durch ſeine mit Proteſt zurückgekommenen Wechſelbriefe des Falliten ſchlechte Umſtände, ſo mag derſelbe durch die Ueberſchickung des zweiten Connoſſements, oder durch Stellung anderweitiger Ordre, dieſe Waaren, inſofern ſie noch nicht in des Falliten wirklichen Gewahrſam gekommen, und falls das Connoſſement von ihm nicht ſchon („vor ſeinem Austritt" vergl. §. 3 des Artikels) weiter an Andere transportirt worden [24]), ebenfalls wieder zu ſich nehmen, und ſoll das zweite Connoſſement oder die zuletzt ertheilte Ordre, dem erſten, welches der Debitor hat, wenn er gleich die Aſſecuranz auf die Waaren beſorgt hätte, ohne Widerſpruch vorgezogen werden. — Ich habe dieſen Artikel aber deshalb ganz mitgetheilt, weil darin ein allgemeiner handelsrechtlicher Grundſatz ausführlich ausgeſprochen iſt [25]). Auch die preußiſche Gerichtsordnung (Tit. 50) verordnet: daß die Waaren, die nach eröffnetem Concurs ankommen, auch wenn das Connoſſement früher eingegangen, zur Dispoſition des Abſenders bleiben. Die franzöſiſche Geſetzgebung geſtattet eine Wiederzurücknahme (revendication), wie es auch die hamburger Fallitenordnung beſtimmt, nur ſo lange, als die Waaren noch unterwegs, noch nicht in die Magazine des Falliten gekommen, und wenn ſie nicht vorher sans fraude auf Grund des Connoſſements, der Factura, des Frachtbriefes verkauft worden ſind [26]). Daſſelbe Recht bezeichnet das engliſche: stop-

---

21) S. darüber beſ. Heiſe und Cropp, Abhandlungen, Bd. 1, S. 429.

22) Ueber beide Fälle ſ. Pöhls, Bd. 1, S. 185—187.

23) Neue Fallitenordnung der Stadt Hamburg von 1753 in Klefeker, Sammlung der hamb. Geſ. Bd. 4. — Haſche, Erläuterung der hamb. Fallitenordnung (Hamb. 1802), Th. 2, S. 164—190.

24) Präjudicate des Handelsgerichtes zu Hamburg: daß nur diejenige Uebertragung des Connoſſements, welche den rechtlichen Grund des Eigenthumsüberganges für ſich hat, die Vindication von Seiten des Abſenders verhindert. S. Archiv für das Handelsrecht, Bd. 1, S. 411 flg.

25) Vergl. auch Carſtens, Beitr. zur Erläuterung des lüb. Rechtes, S. 144 flg.

26) Code de comm. §. 577, 578. Durch dieſe Beſtimmungen iſt das droit de suite des älteren franzöſiſchen Rechtes aufgehoben; dieſes gab dem

page in transitu[27]); es wird dieſes auch dadurch ausgeübt, daß der Abſender ein zweites Connoſſement ſchickt.

Daraus nun, ob der Abſender nach Ueberſendung des erſten Connoſſements noch berechtigt war, über die Waaren zu verfügen, beantwortet ſich, welches von beiden Connoſſementen vorgeht. Das zweite Connoſſement muß hier nachſtehen, ſo weit durch eine weitere Dispoſition Rechte des Inhabers des erſten verletzt werden würden; es kommt hierbei nicht nur ſein Eigenthumsrecht in Betracht, ſondern auch ein etwaiges Pfandrecht, Retentionsrecht und Compenſationsrecht, ſo weit ihm als Beſitzer der Waare ſolche nach den gemeinrechtlichen oder am Orte geltenden Normen zuſtehen. So weit ein Recht des erſten Connoſſementsinhabers nicht gekränkt wird, geht alſo unter gleichen Umſtänden das jüngſte Connoſſement vor. Das jüngſte iſt aber das, welches von beiden am ſpäteſten von dem Abſender indoſſirt iſt; Pöhls hat daher auf die Nothwendigkeit, die Indoſſemente zu datiren, aufmerkſam gemacht[28]). Wenn nicht der, auf welchen das Connoſſement lautet, oder dem es von dem Abſender ſelbſt indoſſirt iſt, ſondern ein dritter Inhaber die Auslieferung der Waaren verlangt, ſo muß er ſich über den gehörigen Beſitz des Connoſſements durch eine in Ordnung befindliche Reihe von Indoſſementen (reſpective durch Ceſſion, wenn das Connoſſement nicht an Ordre geſtellt iſt) legitimiren[29]). Das holländiſche Handelsgeſetzbuch beſtimmt hier: Unter den Inhabern von Connoſſementen hat den Vorzug der, deſſen Exemplar in der beſten Ordnung iſt. Wo die Entſcheidung ſich nicht darnach richten kann, geht derjenige, deſſen Connoſſement auf ſeinen Namen lautet, demjenigen vor, deſſen Exemplar an Ordre oder den Inhaber lautet. Iſt auch hierin kein Unterſchied, ſo muß die Waare bis zur erfolgten richterlichen Entſcheidung aufgelegt werden[30]). Der Schiffer iſt zwar, wenn er auf ein in Ordnung befindliches Connoſſement bona fide abgeliefert hat, außer Verantwortung[31]); er kann aber, wenn mehrere Connoſſementsinhaber zugleich auftreten, die Auslieferung an einen weigern und die Waaren in ſichere Verwahrung bringen laſſen, bis ſie ihren Rangſtreit ausgefochten haben[32]); wenn auf eines von mehreren die Waaren verlangt werden, die Einhändigung aller Connoſſemente verlangen[33]), und wenn das Connoſſe-

---

Abſender einer unbezahlten Waare beim ausgebrochenen Concurs des Empfängers das Recht, die Waare, wo er ſie fand, zu vindiciren, ſelbſt wenn das Connoſſement oder die Waare ſelbſt ſchon an einen Dritten veräußert worden war. Es wurde eine Quelle zu vielen Streitigkeiten, weil die Franzoſen dieſes Recht ſelbſt gegen ausländiſche Geſetze durchzuſetzen ſuchten. Vgl. Archiv für das Handelsrecht, Bd. 1, S. 201.

27) Edw. Lawes, practical treatice on charter parties of affreightment, bills of Lading and stoppage in transitu London. — Pöhls a. a. O. Bd. 3, S. 532 flg. Jacobſen, Seerecht, S. 250 flg.

28) Pöhls a. a. O. Bd. 3, S. 455.

29) Pöhls, Bd. 1, S. 184, beſ. auch Treitſchke, Kaufcont. S. 135.

30) Niederl. Handelsgeſetzb. Art. 407, 408.

31) Pöhls a. a. O. Bd. 1, S. 183, Bd. 3, S. 474.

32) Pöhls, Bd. 3, S. 476.

33) Das preuß. Landr. II. §. 1716, 1720, macht ihm dieſes auch zur beſonderen Pflicht.

ment, deſſen Inhaber ſein Recht ſonſt nicht beſtritten, ſich nicht in völliger Ordnung befindet, Sicherſtellung bis zur Beſeitigung des Mangels fordern[34]). Nach ordnungsmäßiger Ablieferung aller Waaren an den durch das Connoſſement beſtimmten Empfänger, iſt der Schiffer auch die beſtimmte Fracht zu fordern berechtigt[35]). Wilda.

Conſecration[1]) iſt diejenige ſacramentaliſche Handlung, durch welche Perſonen und Sachen zum heiligen Gebrauche geweiht werden (daher Weihe, Weihung)[2]).

In allen Religionen finden ſich dergleichen Weihen mit beſtimmten Vorausſetzungen und Wirkungen[3]), ganz beſonders wurden aber die Grundſätze darüber in der Synagoge und ſpäter in der Kirche entwickelt[4]). Entſcheidend iſt dabei der Begriff des Opfers, indem der geweihte Gegenſtand Gott dargebracht (offertur, geopfert) wird. Dieß ſpricht ſich insbeſondere in der Salbung aus: denn das, worauf man Oel gießt, wird dadurch zu einem Altar, indem das Oel in die Stelle des Opferthiers tritt[5]).

Die katholiſche Kirche ſieht die Conſecration als eine ſacramentähnliche Handlung an (ritus sacramentalis), in welcher die Materie, die Form und der Miniſter des Sacraments zwar vereinigt ſind, alſo das sacramentum im engeren Sinne erzeugt wird[6]), die aber darum

---

34) Pöhls, Bd. 1, S. 184.

35) Preuß. Landr. a. a. O. §. 1722. Mittermaier, §. 549, Note 3a.

1) Die Quellen berühren die hier in Betracht kommenden Punkte meiſtens bei den einzelnen Gegenſtänden ſelbſt. Im Allgemeinen ſind aber zu erwähnen: Decreti P. III. de consecratione, beſonders dist. I. C. un. X. de sacra unctione (1. 15.) (Innocentius III. a. 1204). Tit. de consecratione ecclesiae vel altaris (X. III. 40. in VI. 3. 21.) u. a. — Was von den Quellen, gilt auch von der Literatur. Es genüge daher die beſondere Erwähnung von: Gavantus, thesaurus sacrorum rituum, ed. nov. Venetiis 1823, 4. Martene, de antiqua ecclesiae disciplina. Lugduni 1706, 4. Helfert, Darſtellung der Rechte, die in Anſehung der heiligen Handlungen ſtattfinden (Prag 1826, 8.), beſonders §. 25—28. Eiſenſchmidt, die Gebräuche und Segnungen der römiſchen Kirche. Neuſtadt a. d. O. 1830, 8. u. a. m.

2) Die Wurzel des teutſchen Ausdruckes, der ſich ſchon früh findet, iſt wie, wiha, wig = heilig (ſ. Graff, althochteutſcher Sprachſchatz, I. 721 flg.).

3) Ueber die heidniſchen Conſecrationen, Dedicationen u. ſ. w. ſ. m. außer den Schriften über Archäologie: Suicer, thesaurus eccles. s. v. τέλεσμα und τελετή. — Recherches historiques et critiques sur les mystères du paganisme par M. le Baron de Sainte Croix, ed. II. par M. le Baron Sylvestre de Sacy. Paris 1817, 2 vol. 8. und dagegen Lobeck's Aglaophamus. Regim. 1829, 8.

4) Eine weſentliche Differenz zwiſchen dem alten und neuen Teſtamente behauptet hierbei Innoc. III. c. un. §. 8. X. de sacra unctione. (1. 15.)

5) M. ſ. z. B. Genesis XXVIII. 18. XXXV. 14. u. a., und über dieſe Auffaſſung: Züllig, Johannes des Gottbeſprachten — — Apokalypſe (Stuttg. 1834, 8.), I. 18. 19. Anm.

6) Daher heißt die Salbung geradezu sacramentum in der Anm. 4 cit. Stelle.

nicht den Charakter des Sacraments ſelbſt in ſeiner Vollendung beſitzt, weil die beſondere Verheißung der ſacramentaliſchen Gnade, alſo die res sacramenti, derſelben fehlt.

Die materiellen und formellen Requiſite geſtalten ſich bei einzelnen Riten abweichend und ſind in den Liturgieen näher bezeichnet. Im Allgemeinen aber findet ſich die Ertheilung des Segens (benedictio)[7]), unter Anwendung des Zeichens des Kreuzes, der Anrufung des heiligen Geiſtes, der Auflegung der Hände, des Gebrauches von Räucherwerk (Weihrauch), von geweihtem Waſſer, von Salben u. ſ. w. Miniſter der heiligen Handlung iſt bald nur der Biſchof, bald ein Presbyter.

Die Benediction, das feierliche Gebet zum Wohl einer Perſon oder für den heilſamen Gebrauch einer Sache[8]), iſt ſtets mit der Conſecration verbunden, doch kommt ſie in einzelnen Fällen auch ſelbſtſtändig vor. Die dazu erforderlichen Formulare finden ſich theils in den gewöhnlichen Agenden, theils in beſonderen Benedictionalien[9]). Bemerkenswerth iſt beſonders die Benediction der Brautleute bei der Copulation[10]), der Wöchnerinnen beim erſten Kirchgange[11]), der Vorſteher der Klöſter[12]) durch den Biſchof, in Rom durch den Papſt oder einen Biſchof vermöge Delegation u. ſ. w., desgleichen bei verſchiedenen Gegenſtänden, theils an beſtimmten Feſten und für dieſelben[13]), theils allgemeiner[14]). Auch wird dieſelbe bei verſchiedenen kirchlichen Geräthſchaften angewendet und kann, falls ſie ohne Salbung erfolgt, einem Presbyter übertragen werden. Das Einſegnen von Kreuzen, Bildern, Roſenkränzen u. ſ. w., deren Gebrauch mit gewiſſen Wohlthaten verknüpft iſt, erfolgt durch den Biſchof.

---

7) Aus signum (sc. crucis), signare iſt das teutſche: Segen, ſegnen, entſtanden. (ſ. Adelung, Wörterbuch s. h. v. Grimm, teutſche Mythologie.)

8) C. 16. dist. XXVIII. (Concil. Sextum a. 706, c. 26) erklärt: benedictio sanctificationis traditio est.

9) Neben den kirchlichen Segensformeln finden ſich aber auch ſtets eine Menge Segensſprüche unter dem Volke ſelbſt. M. ſ. unter anderen Beiſpielen aus dem Mittelalter in: Mone, Anzeiger für Kunde der teutſchen Vorzeit. 1834. S. 277 flg.

10) Ueber die Streitfrage, inwiefern davon, oder von dem ehelichen Conſenſe die Sacramentsqualität der Ehe abhängt, ſ. m. den Art. Ehe. Insbeſondere vergl. man: Berg, Ueber die Erforderlichkeit der prieſterlichen Einſegnung zum Sacramente der Ehe (Breslau 1836), und dagegen: meine Recenſion in Richter's krit. Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, I. 33 flg. Pletz, neue theolog. Zeitſchr. (Wien 1837), H. 1. Tübinger katholiſche Quartalſchrift, 1837, H. 1, u. A.

11) III. Moſis, XII. C. 1. 2. dist. V. C. un. X. de purificatione post partum. (3. 47.)

12) C. 13. X. de accusationibus (5. 1.) (Alexander III. a. 1175). Clem. 2. de statu monachorum (3. 10.) (Clemens V. a. 1311).

13) Des Waſſers, der Aſche, der Palmen, Kerzen u. ſ. w. (ſ. Martene a. a. O. im Regiſter s. v. benedictio.)

14) Benedictione afficiuntur subsidia vitae maxime necessaria, veluti panis, vinum, salia, carnes, herbae, domus, naves, agri, arma et vexilla bellica, aliaeque res ad augendam sive pietatem sive prosperitatem nostram comparatae. (Sauter, fundamenta iuris eccl Vol. II. §. 794. nr. 3.)

Der Gebrauch des Bekreuzens iſt bei allen liturgiſchen Verrichtungen beinahe üblich und iſt auf dieſe aus dem häuslichen Leben ſchon in der älteſten Zeit der Kirche übertragen[15]).

Die Händeauflegung (manus impositio) iſt ſchon nach der Vorſchrift des alten Bundes bei verſchiedenen heiligen Gebräuchen erforderlich[16]), auch im neuen Teſtamente wiederholt erwähnt[17]) und nach der Feſtſetzung der Kirche mehrfach weſentlich, wie bei der Firmung (ſ. den Art.), der Aufnahme Büßender, der Ordination u. ſ. w.[18]).

Zur Salbung dient bald reines Olivenöl, bald ſolches, das mit Balſam gemiſcht iſt (chrisma, Chriſam)[19]), und mit beſtimmten Formeln dazu geweiht wird. Jenes wird bei der Taufe, Prieſterweihe gebraucht (oleum catechumenorum), bei der letzten Oelung (oleum infirmorum), dieſes bei der Firmung, der biſchöflichen Weihe[20]) u. ſ. w.

Am bedeutſamſten wird die Conſecration bei der Weihe der Kirchen und Altäre, der Biſchöfe, dem heiligen Abenmahle (vergl. die einzelnen Artikel).

Die Wirkung der Weihe iſt, daß das weltliche Element vom Gegenſtande entfernt, die Perſon alſo eine Gott gewidmete, kirchliche wird, und die conſecrirte Sache aus dem allgemeinen Verkehr ſcheidet (res extra commercium)[21]). Da die Weihe eine gewiſſe Heiligkeit erzeugt, ſo dürfen die geheiligten Gegenſtände nicht mehr mit ungeweihter Hand berührt werden[22]), und eine Verletzung derſelben zieht um ſo härtere Strafe nach ſich[23]).

---

15) S. Rheinwald, kirchliche Archäologie, §. 56, 128.

16) So bei Opferthieren zum Zeichen, daß ihnen die Sündenſchuld auferlegt ſei, die ſie büßen ſollen (III. Moſ. I. 4. III. 2. u. a.), bei Verbrechern zum Zeichen, daß ſie die Strafe verdient haben (III. Moſ. XXXIV. 14. u. a.), bei den Leviten, indem ihnen der Tempel und die Heiligthümer übergeben wurden (IV. Moſ. VIII. 10.) u. a.

17) Beim Segnen der Kinder (Matth. XIX. 13—15), Heilen der Kranken (Marc. V. 23. VI. 5. u. a.), bei den neubekehrten Chriſten (Apoſtelgeſch. XIX. 6.), bei den Aelteſten und Diaconen (Apoſtelgeſch. VI. 6., I. Timoth. IV. 14., II. Tim. I. 6. u. a.)

18) C. 7. dist. XCII. (c. 17. Conc. Antioch. a. 341) (dazu ſ. m. J. H. Böhmer not. 100). C. 3. X. de sacramentis non iterandis (1. 16.) (Gregor IX. a. 1128). Beim ordo subdiaconi bleibt ſie fort (ſ. Gonzalez Tellez ad c. 9. X. de aetate [1. 14.] nr. 2).

19) Martene l. c. p. 239 sq. Vgl. c. 5. dist. XI. c. un. §. 26. X. de sacra unctione.

20) S. c. un. cit. (1. 15.)

21) C. 38 sq. dist. I. de consecr. C. 3. X. de rerum permutatione. (3. 19.) C. 4. X. de religiosis domibus. (3. 36.) Auffallend erſcheint die Behauptung Brendel's (Kirchenrecht, §. 139, Anm.), es ſei ein Ausfluß des heidniſchen Lehrbegriffs, daß die durch Weihe zur Gottesverehrung beſtimmten Sachen ihren Herrn wechſeln und in das Eigenthum Gottes übergehend dem Verkehre entzogen ſeien, — da die res ecclesiaticae ebenſo, wie res publicae einem öffentlichen Zwecke dienen.

22) C. 41. 42. dist. I. de consecr.

23) Daher das privilegium canonis, nach welchem derjenige, der ſich thätlich an einem Geiſtlichen vergreift, eo ipso excommunicirt ſein ſoll (Zachariä II. 8. Capit. Caroli M. de honore episcoporum et reliquorum sacerdotum a. 805, u. a. m. C. 29. C. XVII. qu. 4. (c. 15. Conc. Lateran. a. 1139).

Die evangeliſche Kirche[24]) kennt eine Weihe im Sinne der katholiſchen Kirche nicht. Benedictionen kommen vielfach vor[25]), ſtatt der Conſecration hat ſie aber eine Dedication[26]), welche den Gegenſtand ebenfalls dem allgemeinen Verkehre entzieht. Die Form iſt in den Agenden vorgeſchrieben[27]), die heilige Handlung vollzieht aber jeder Geiſtliche bald vermöge eignen Rechts, bald vermöge beſonderen Auftrags, bald auch nur der Superintendent.

H. F. Jacobſon.

Constitutum debiti[1]). Constituere heißt in der Kunſtſprache der römiſchen Rechtsgelehrten mit bloßen Worten ohne Stipulationsform verſprechen, daß man eine gewiſſe Schuld bezahlen wolle, ohne Unterſchied, ob dieß Verſprechen ſich auf die eigene Schuld des Verſprechenden oder auf eine fremde bezieht[2]). Die Erforderniſſe, unter welchen ein Conſtitut gedacht werden kann, ſind folgende: 1) Es muß irgend eine Verbindlichkeit, deren Zahlung durch das constitutum verſprochen wird, vorhanden ſein[3]). Daher iſt das Conſtitut nichtig, wenn entweder gar keine Verbindlichkeit vorhanden iſt[4]), oder eine ſolche, welche durch eine Exception zurückgewieſen werden kann[5]), und wird,

---

C. 4 sq. 15. 17. 47. X. de sententia excommunicationis (5. 39.), Beſtimmungen, die jetzt nicht mehr anwendbar ſind, da jede excommunicatio jetzt nur ferendae sententiae iſt. Ebenſo erklärt ſich, wie der Kirchendiebſtahl im Allgemeinen, als Kirchenraub bezeichnet wird, ohne daß der Thatbeſtand des Raubes vorausgeſetzt iſt, und härtere Strafe darauf erfolgt. Schon Cicero, de legibus II. 9. 16.: Sacrum sacrove commendatum qui clepserit rapsitque parricida esto. — Can. 71. 72. (al. 72. 73.) Apostolorum. C. 3. C. XXIII. qu. 4. (Augustin. a. 412). Lex Ripuar. tit. LX. c. 8. Lex Frisionum additio sapientum I. §. 1. Sächſiſches Landrecht II. 66. Bamberg. art. 197 flg. art. 171 flg. und die neuere Geſetzgebung (m. ſ. Hitzig, Annalen des Criminalrechtes, VII. 65 flg.).

24) Eiſenſchmidt, Geſchichte der proteſtantiſchen Kirchengebräuche. Leipzig 1799, 8.

25) Bei der Copulation, Ordination (mit Handauflegung) u. ſ. w. Das Einſegnen der Kindbetterinnen hat die brandenburger Kirchenordnung von 1533 (Art. von der Taufe Fol. XXXV) abgeſchafft, da dieſelben „nicht in des Teufels Gewalt ſind."

26) Bei der Einweihung von Kirchen (ſ. preuß. Miniſterialreſcript vom 1. Sept. 1837), Kirchhöfen u. ſ. w. Mitunter findet ſich auch ein engeres Anſchließen an die katholiſchen Gebräuche. So werden z. B. in Schweden Altäre noch feierlich geweiht.

27) Borowski, über die liturgiſchen Formulare, beſonders der Lutheriſchen Gemeinden in Preußen. Königsberg 1790, 4.

1) Literatur: Pothier, Pandectae Iustinianeae, lib. XIII. tit. 5. tom. I. p. 425—430, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 361—425.

2) So in der Redensart: de constituta pecunia agitur (§. 9. J. 4. 6.), pecuniam debitam constituo (L. 1. §. 1. D. de constituta pecunia [13. 5.]), debitum constituere, se soluturum constituere etc.

3) L. 1. §. 6—8. D. 13. 5. L. 3. §. 1. L. 25. §. 1. D. ibid. L. 11. L. 19. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 18. §. 1. D. ibid.

4) L. 3. §. 1. D. 13. 5. L. 19. pr. D. ibid.

5) L. 3. §. 1. D. 13. 5.

falls das Conſtitut eine höhere Summe enthält, als aus der früheren Verbindlichkeit geſchuldet iſt, ſtillſchweigend auf den Betrag derſelben herabgeſetzt[6]). Auch iſt es nur als Folge dieſes Grundſatzes zu betrachten, daß, wenn die Hauptſchuld, über welche das Conſtitut eingegangen wird, von einer Suspenſivbedingung abhängt, dieſe ſich auch beim unbedingten Conſtitut von ſelbſt verſteht[7]). Was den Zeitpunkt anbetrifft, nach welchem man die Exiſtenz der Hauptforderung zu beurtheilen hat, ſo iſt es der, an welchem das Conſtitut eingegangen wird[8]). Daher gilt das Conſtitut auch dann fort, wenn die Klage aus der Hauptobligation nach der Eingehung des Conſtituts durch den Ablauf der Zeitfriſt erliſcht, auf welche ſie von Anfang an beſchränkt war. Uebrigens iſt es in Bezug auf das Conſtitut gleichgiltig, ob die Verbindlichkeit, über welche es eingegangen wird, nach dem Civilrechte oder nach dem prätoriſchen Rechte beſteht[9]). Selbſt über die ſogenannten natürlichen Verbindlichkeiten[10]) und über die von einem beſtimmten Zahltage abhängigen Obligationen kann vor Eintritt dieſes Termines ein Conſtitut giltigerweiſe eingegangen werden[11]). 2) Derjenige, welcher das Conſtitut eingeht, muß fähig ſein, ſich durch ſeine Willenserklärung verbindlich zu machen. Denn zur Eingehung des Conſtituts gehört die Abſicht, ein ſolches einzugehn[12]). Daher können die Pupillen nicht ohne Einwilligung des Vormundes conſtituiren[13]), und die Frauen können es nur inſoweit, als das Conſtitut keine Interceſſion enthält[14]). 3) Der Conſtituent muß verſprechen, die Zahlung ſelbſt zu leiſten. Daher wird das Conſtitut, wodurch ich verſpreche, daß ein Anderer Zahlung leiſten werde, für nichtig erklärt[15]), und falls ich alternativ die Zahlung von meiner Seite oder von der eines Anderen zuſichere, die Sache ſo behandelt, als ob ich das Conſtitut auf mich allein bezogen hätte[16]). 4) Der, an welchen das Verſprechen abgegeben wird, muß durch das Conſtitut das Recht erwerben, die Obligation einzuklagen. Deshalb iſt das Conſtitut ungiltig, wenn die Zahlung an einen Anderen verſprochen wird, als derjenige iſt, an welchen das Verſprechen in der That abgegeben wird[17]), und wenn neben der zuletzt genannten Perſon alternativ eine zweite genannt wird, ſo wird dieß ſo beurtheilt, als ob die letzte gar nicht erwähnt worden

6) L. 11. pr. u. §. 1. D. 13. 5. L. 1. §. 7. D. ibid.

7) L. 19. §. 1. D. 13. 5. Im älteren Rechte war es freilich ſtreitig, ob über eine von einer Reſolutivbedingung abhängige Schuld ein Conſtitut eingegangen werden könne. Vgl. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)

8) L. 18. §. 1. D. 13. 5. L. 19. §. 2. D. ibid.

9) L. 1. §. 8. D. 13. 5. L. 3. §. 2. D. ibid. L. 19. §. 2. D. ibid.

10) L. 1. §. 7. D. 13. 5.

11) L. 3. §. 2. D. 13. 5. Im älteren Rechte war dieß ſtreitig. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)

12) L. 1. §. 4. D. 13. 5.

13) L. 1. §. 2. D. 13. 5.

14) L. 1. §. 1. D. 13. 5.

15) L. 5. §. 4. D. 13. 5. Nov. 115. cap. 6.

16) Nov. 115. c. 6.

17) L. 5. §. 5. D. 13. 5.

wäre[18]). Ausnahmsweiſe ließ man das Conſtitut auch an den Tutor eines Pupillen, an den Curator eines Minderjährigen oder eines Wahnſinnigen und an den Bevollmächtigten einer juriſtiſchen Perſon zu, wie es der actor municipum iſt[19]). Ein Conſtitut an den Procurator hingegen ließ zwar Julian allgemein, Pomponius aber nur inſofern zu, als die an ihn ſelbſt zu leiſtende Zahlung Gegenſtand des Conſtituts iſt[20]). An Perſonen, durch welche man Obligationen erwirbt, wie an den Hausſohn, den eigenen Sclaven und den bona fide serviens kann das Conſtitut unbedenklich gerichtet werden[21]). 5) Das Verſprechen darf nicht in die Form der Stipulation gekleidet ſein[22]). Denn wenn dieß geſchehen iſt, ſo tritt die Verbalobligation an die Stelle des Conſtituts. — Was die Form des Conſtituts anbelangt, ſo iſt darüber in den römiſchen Rechtsquellen nichts weiter beſtimmt, als daß es in der Form ein Vertrages abgeſchloſſen werde[23]). Daher kann daſſelbe unter Anweſenden und Abweſenden, durch Boten und Briefe abgeſchloſſen werden[24]). Ueber den Inhalt des Conſtituts finden ſich in den römiſchen Rechtsquellen die Beſtimmungen, daß die Summe deſſelben gar nicht ausdrücklich bemerkt zu werden braucht[25]), daß ein Conſtitut auf eine mindere Summe, als welche den Gegenſtand der Hauptobligation ausmacht, giltig iſt[26]), und daß auch ein anderer Gegenſtand, als derjenige, welcher das Object der Hauptobligation iſt, conſtituirt werden kann[27]). Im zuletzt genannten Falle verſteht es ſich indeß von ſelbſt, daß das Conſtitut nur inſoweit gelten könne, als das Object des Conſtituts entweder gleichen oder minderen Werth hat, als das der Hauptobligation, und daß, falls der Gegenſtand des Conſtituts einen höheren Werth hat, daſſelbe von ſelbſt auf den Betrag des Objectes der Hauptobligation herabgeſetzt wird. Streitig war es unter den alten Juriſten, ob die Hinzufügung eines Zahlungstermines zum Weſen des Conſtituts gehöre oder nicht. Im Juſtinianiſchen Rechte iſt dieſe Controverſe dahin entſchieden, daß ein ohne Hinzufügung eines Zahlungstermins abgeſchloſſenes Conſtitut zwar giltig ſein, aber nicht vor Ablauf von wenigſtens zehn Tagen, von dem Abſchluſſe der Obligation an gerechnet, durch Anſtellung der Klage geltend gemacht werden könne[28]).

Was die Geſchichte des Conſtituts anbetrifft, ſo läßt ſich nur ſo viel mit Gewißheit ſagen, daß es aus dem prätoriſchen Edicte ſtammt[29]), wie alle prätoriſchen Obligationen, im älteren eine nur auf den Zeitraum eines

18) L. 8. D. 13. 5.
19) L. 5. §. 7, 9 u. 10. D. 13. 5.
20) L. 5. §. 6. D. 13. 5.
21) L. 5. §. 10. D. 13. 5. L. 6. D. ibid. L. 7. pr. D. ibid.
22) §. 9. J. de actionibus. (4. 6.)
23) L. 1. pr. D. 13. 5. L. 14. §. 3. D. ibid.
24) L. 14. §. 3. D. 13. 5. L. 5. §. 3. D. ibid.
25) L. 14. pr. D. 13. 5.
26) L. 13. D. 13. 5.
27) L. 1. §. 5. D. 13. 5.
28) L. 21. §. 1. D. 13. 5. L. 2. C. de pecunia constituta. (4. 18.)
29) L. 1. pr. D. 13. 5.

Jahres beſchränkte Klage hervorbrachte[30]), und nur vertretbare Sachen (res quae pondere, numero, mensura continentur) zum Gegenſtande haben konnte[31]). Auch war es eine Eigenthümlichkeit der aus dieſer Obligation entſpringenden Klage, daß ſie durch eine Wette (sponsio), deren Object die Hälfte der Summe des Conſtituts betrug, eingeleitet wurde[32]). Gerade dieſe Wette mußte der Beklagte außer der Hauptſache noch an den Kläger bezahlen, wenn er die Klage grundlos abläugnete und ſpäter durch den Beweis des Klägers eines Anderen überführt wurde. Daher iſt bei Caius[33]) öfters von einer poena sponsionis die Rede, und es wird dieſe Wette unter die Nachtheile des muthwilligen Prozeſſirens gerechnet. Umgekehrt mußte wohl auch der Kläger dem Beklagten durch eine Gegenwette (restipulatio) verſprechen, ihm eine beſtimmte Geldſumme zu bezahlen, falls es ſich durch das Endurtheil herausſtellte, daß er die Klage grundlos erhoben[34]). — Zum Verſtändniß der ſpäteren Geſchichte des Conſtituts iſt es von Wichtigkeit, die Eigenthümlichkeiten der recepticia actio im älteren römiſchen Rechte ſich zu vergegenwärtigen (ſiehe den Artikel actio recepticia). Dieſe Klage ſtammte wahrſcheinlich aus dem Civilrechte, und war in ihrer Dauer wohl nicht auf ein Jahr beſchränkt. Sie beruht auf einer dem prätoriſchen Conſtitute ſehr ähnlichen Verbindlichkeit, welche von Theophilus[35]) mit demſelben Ausdrucke, mit welchem er jenes belegt, bezeichnet wird, ſich nur auf die Argentarien beſchränkte, jedoch alle Sachen, welche Vermögensſtücken ſein können, zum Gegenſtande haben konnte, und nicht nothwendiger Weiſe vorausſetzte, daß ihm eine wirklich begründete Hauptverbindlichkeit zu Grunde liege[36]). So ſtanden die Sachen, als Kaiſer Juſtinian beabſichtigte, durch Verſchmelzung beider Inſtitute ein einziges zu bilden. Zu dieſem Zwecke erklärte er[37]), daß die alte recepticia actio, welche ſchon zu ſeinen Zeiten durch Nichtgebrauch abgekommen ſei, aufgehoben und alles, was ſich darüber in den Schriften der alten Rechtsgelehrten vorfinde, ungiltig ſein ſolle. Dagegen ſoll die actio constitutae pecuniae gegen die Argentarien und jede andere conſtituirende Perſon ſtattfinden, ſich nicht auf fungible Sachen beſchränken, ſondern auch auf alle Sachen, welche Vermögensſtücke ſein können, beziehen, und nicht anders, als durch den Ablauf von dreißig Jahren verjähren. Ueberhaupt ſoll das Conſtitut der Stipulation gleichgeſetzt werden, doch durch dieſe Gleichſtellung die es auszeichnenden Eigenthümlichkeiten keineswegs verlieren, activ und paſſiv auf die

---

30) L. 2. pr. u. §. 1. C. 4. 18.

31) Theoph. paraphr. 4. 6. §. 8. ed. Reitz. tom. II. p. 797. L. 2. C. 4. 18.

32) Caius inst. IV. §. 171.

33) Z. B. inst. IV. §. 172.

34) Caius inst. IV. §. 174, 180, 181. Daher poena restipulationis bei Caius l. c. IV. §. 181.

35) Paraphr. inst. IV. 6. §. 8. tom. II. p. 798, braucht die Worte ἀντιφωνεῖν, ἀντιφώνησις.

36) L. 2. pr. C. 4. 18.

37) L. 2. pr. C. 4. 18. Theoph. paraphr. IV. 6. §. 8.

Erben übergehen, aber doch nicht anders als giltig angenommen werden, als wenn demſelben eine in der That begründete Hauptverbindlichkeit zu Grunde liegt. Dieſe Neuerungen ſollen indeß nur für die Zukunft gelten, und die bisher von Argentarien und anderen Kaufleuten abgeſchloſſenen Verträge keineswegs nach der neuen Verordnung beurtheilt werden. Vergleicht man dieſe Verordnung Juſtinian's mit dem früher geltenden Rechte, ſo ſtellt ſich ſo viel als praktiſches Reſultat heraus, daß der oben angegebene Begriff des Conſtituts noch im Juſtinianiſchen Rechte fortgilt, daß die daraus entſtehende Klage gegen Jedermann, der ein Conſtitut eingeht, angeſtellt werden kann, activ und paſſiv auf die Erben übergeht und nur der dreißigjährigen Verjährung unterworfen iſt. Die Eigenthümlichkeiten dieſer Klage, die sponsio dimidiae partis und die restipulatio ſind indeß in die Juſtinianiſchen Rechtsquellen nicht übertragen worden, und können mithin keine praktiſche Giltigkeit beanſpruchen. Von der recepticia actio und ihren Eigenthümlichkeiten iſt in dem Juſtinianiſchen Rechte nur noch wie von etwas Veraltetem die Rede.

Was die Wirkungen des Conſtituts anbetrifft, ſo bleibt, da die daraus entſtehende Klage und die von ihr geltenden Grundſätze bereits erörtert worden, hier nur noch der Theil derſelben zu erörtern übrig, welcher ſich auf die Hauptobligation bezieht. Im Allgemeinen läßt ſich ſoviel mit Gewißheit ſagen, daß die alte Obligation nach der Eingehung des Conſtituts noch fortdauert [38]). Doch war es in den älteren Zeiten ſtreitig, ob dieſelbe nicht ſchon durch die über die actio de pecunia constituta eingegangene litis contestatio aufgehoben [39]), oder ob dieß erſt durch die Ausantwortung des geſchuldeten Gegenſtandes an den Gläubiger herbeigeführt werde. In den Juſtinianiſchen Rechtsquellen iſt die zuletzt erwähnte Anſicht angenommen worden.

Ein allgemeines, ſchon in den Worten des prätoriſchen Edictes begründetes [40]) Erforderniß zur actio de constituta pecunia iſt das, daß der Gläubiger nicht Schuld daran ſei, daß der Schuldner dem Gläubiger am Tage des Conſtituts keine Genüge geleiſtet hat. Denn die mora accipiendi galt in dieſer Beziehung der wahren Befriedigung von Seiten des Conſtituenten gleich. Gegen die bereits von Seiten des Schuldners eingetretene mora solvendi kam die ſpätere mora accipiendi nach den Worten des prätoriſchen Edictes eigentlich nicht weiter in Betracht, doch haben die römiſchen Juriſten dieſe Worte ſo ausgelegt, daß die mora des Gläubigers ihm von dem Zahltage des Conſtituts an bis zur Litiscontestation ſchadet [41]), wenn der Beklagte binnen dieſes Zeitraumes die Zahlung dem Gläubiger angeboten hat, und die Annahme derſelben aus nicht triftigen Gründen verweigert worden iſt [42]). Deshalb geſtattete man im vorliegenden

38) L. 18. §. 3. D. 13. 5. L. 28. D. ibid. L. 15. D. de in rem verso. (15. 3.)

39) L. 18. §. 3. D. 13. 5.

40) L. 18. pr. D. 13. 5., vgl. mit L. 16. §. 2. D. ibid.

41) L. 17. D. 13. 5. L. 18. pr. D. ibid.

42) L. 16. §. 4. L. 17. D. 13. 5. Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 419.

Falle dem Schuldner gewöhnlich eine Einrede, welche die Abweiſung der Klage zur Folge hatte. War der Gegenſtand des Conſtituts in der Zwiſchenzeit durch Zufall zu Grunde gegangen, ſo geſtattete man zwar die Klage aus dem Conſtitut, ertheilte aber auch dem Beklagten dagegen eine Einrede [43]).

Man theilte das **constitutum debiti** in **proprium (debiti proprii)** und **alienum (alieni debiti)**. Ein **proprium** liegt überall vor, wo der Conſtituent zugleich Schuldner der Hauptobligation iſt, über welche das Conſtitut eingegangen wird. Wo dieß nicht der Fall iſt, liegt ein **constitutum alienum** vor. Beide Kunſtausdrücke ſind den römiſchen Rechtsquellen fremd, doch iſt das Sachverhältniß in denſelben gegründet [44]). Das **constitutum debiti proprii** enthält ein Anerkenntniß einer früheren Verbindlichkeit und kann dem Gläubiger verſchiedene Vortheile gewähren, z. B. wenn die Hauptverbindlichkeit von dem Eintritt eines beſtimmten Zahltages abhängig, oder überhaupt nur eine natürliche Verbindlichkeit iſt. Denn im erſten Falle kann die Zahlung auch vor dem Eintritte des Zahlungstermines conſtituirt werden, und im zweiten wirkt das Conſtitut aus einer unklagbaren eine klagbare Verbindlichkeit. Auch durch die Veränderung des Objectes beider Obligationen und durch Hinzufügung eines beſtimmten Zahlungsortes kann vielfach dem Gläubiger genutzt werden. Vom **pactum geminatum** unterſcheidet es ſich dadurch, daß es ein Anerkenntniß einer früheren Schuld enthält [45]); von der bloßen Genehmigung dadurch, daß dieſe einſeitig, das Conſtitut aber zweiſeitig iſt, und daß jene auch bei ſolchen Geſchäften wirkſam ſein kann, die an ſich unverbindlich waren, während das Conſtitut immer eine ſchon vorhandene und in irgend einer Beziehung wirkſame Verbindlichkeit vorausſetzt. — Das **constitutum alienum** [46]), welches auch gegen Wiſſen und Willen des Hauptgläubigers eingegangen werden kann [47]), enthält eine Art cumulativer Interceſſion [48]), daher auch die *ἀντιφωνηταί*, d. h. die **pecuniae constitutae rei** häufig mit den Mandatoren und Fideiuſſoren in der Novellengeſetzgebung zuſammengeſtellt werden. Das Verhältniß zwiſchen dem Hauptſchuldner und dem Conſtituenten iſt dem der Bürgen zum Hauptſchuldner nicht unähnlich, da in beiden Verhältniſſen die Hauptverbindlichkeit neben der acceſſoriſchen fortbeſteht, und die letztere mit der erſteren ſteht und fällt. Die Aehnlichkeit beider Inſtitute hat auch Veranlaſſung dazu gegeben, daß Rechtswohlthaten, welche bei dem einen ſtattfinden, auch auf das andere übertragen worden ſind. Zunächſt gilt dieß von dem ſogenannten **beneficium divisionis** (ſ. d. Art.), welches zunächſt

---

43) L. 16. §. 3. D. 13. 5.

44) Vgl. L. 1. §. 1. D. 13. 5. L. 27. D. ibid.

45) Vgl. Weber, ſyſtematiſche Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 125.

46) Vgl. Koch, de constituto debiti alieni. Kil. 1777. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 398—424. Neuſtetel und Zimmern, römiſch-rechtliche Unterſuchungen für Wiſſenſchaft und Ausübung. Nr. X. Von der Interceſſion durch Mandat und Conſtitutum, S. 255—281.

47) L. 27. D. 13. 5.

48) L. 1. §. 1. D. 13. 5. L. 3. C. 4. 18. Nov. 4. cap. 1. Nov. 136. praef. u. cap. 1.

nur auf confideiussores berechnet war [49]); und ſpäterhin durch eine Conſtitution Kaiſer Juſtinian's ausdrücklich auf duo rei pecuniae constitutae bezogen worden iſt [50]). Auch das durch Juſtinian's Novelle 4 eingeführte beneficium excussionis (ſ. d. Art.) iſt ausdrücklich auf die pecuniae constitutae rei ausgedehnt worden. Denn, wenn ſchon die Vulgata, welche im Forum beſonderes Anſehen genießt, hier die sponsores anſtatt der Conſtituenten erwähnt, ſo iſt doch ἀντιφωνητής, welches der griechiſche Novellentext in dieſer Beziehung braucht, offenbar nur von den constitutae pecuniae rei zu verſtehen, wie theils die Zeugniſſe anderer Juſtinianiſcher Novellen erweiſen [51]), theils aus dem Sprachgebrauche der griechiſchen Rechtsgelehrten, wie des Theophilus und der in den Baſiliken erwähnten Pandekten- und Codexerklärer deutlich hervorgeht. Von der Uebertragung des beneficium cedendarum actionum auf den Conſtituenten findet ſich in den römiſchen Rechtsquellen keine Spur vor. — Gleichwohl unterſcheidet ſich das Conſtitut von der Bürgſchaft nicht allein durch die Form, ſondern auch durch den Zweck und die Wirkung. Durch den Zweck, weil nämlich die Interceſſion durch das Conſtitut nicht allein, wie die Bürgſchaft [52]), die größere Sicherheit des Hauptgläubigers bezweckt, ſondern auch dazu beſtimmt iſt, um Schulden, welche erſt mit dem Eintritte eines ihnen hinzugefügten Zahltages zahlbar werden, zu repräſentiren [53]). Durch die Wirkung, weil die Bürgſchaft nur inſofern giltig iſt, als das Object der Haupt- und Nebenverbindlichkeit identiſch iſt [54]), und der Bürge nicht unter härteren Bedingungen angenommen wird, als der Hauptſchuldner [55]), während der Conſtituent nicht allein vertragsweiſe aliud pro alio conſtituiren kann, und ſelbſt, wenn er mehr als der Gegenſtand der Hauptobligation beträgt, conſtituirt hat, wenigſtens inſoweit haftet, als dieſer Gegenſtand das Object des Conſtituts deckt.

Was den praktiſchen Gebrauch des Conſtituts im heutigen Rechte anbetrifft, ſo läßt ſich derſelbe wohl nicht füglich in Abrede ſtellen. Denn was zunächſt das constitutum proprium angeht, ſo zeigt es auch, nachdem die gewöhnlichen Verträge, welche nicht in die Form der Contracte gegoſſen worden ſind, klagbar geworden, noch immer darin ſeinen Nutzen, daß dadurch ein nicht abſolut ungiltiges, ſondern nur in Anſehung ſeiner Wirkungen eingeſchränktes Geſchäft vollgiltig und wirkſam werden kann, wenn es unter ſolchen Umſtänden geſchieht, unter denen ſich der Conſtituent vollgiltig verpflichten kann, und daß es ein Anerkenntniß einer früheren

---

49) L. 5. pr. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 27. §. 4. D. ibid. L. 43. D. ibid. L. 48. §. 1. L. 51. §. 2. Vergl. Zimmern a. a. O. S. 267.

50) L. 3. C. 4. 18.

51) Nov. 115. c. 6. Nov. 136. pr. u. c. 1. Vergl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 405—410, und Zimmern a. a. O. S. 276.

52) Pr. J. de fideiussoribus. (3. 21.) L. 1. §. 8. D. de obligat. et act. (44. 7.)

53) L. 3. §. 2. D. 13. 5.

54) L. 42. D. 46. 1.

55) L. 8. §. 7. D. 46. 1. L. 16. §. 1. D. ibid. Vgl. §. 5. J. 3. 21.

Schuld enthält, wodurch in einigen Fällen die exceptio SC. Macedoniani, in anderen die exceptio non numeratae pecuniae ausgeſchloſſen wird. Was zweitens das constitutum alienum anbetrifft, ſo iſt freilich die Anwendbarkeit deſſelben beſtritten. Nach der gewöhnlichen Meinung ſoll Bürgſchaft und Conſtitut auch jetzt noch nebeneinander gelten, die erſtere blos Sicherheit des Gläubigers, das letztere auch Anderes bezweckend [56]). Andere behaupten, daß die Fideiuſſion heutzutage ganz ins Conſtitutum übertragen worden ſei, und daß mithin die ſtrengeren Rechtsſätze der erſteren durch den milderen Charakter der letzteren erſetzt würden [57]). In der That iſt es jetzt bei dem Wegfall der Stipulation und der Klagbarkeit eines jeden Vertrages ſehr ſchwierig, im concreten Falle zu beſtimmen, ob überhaupt die Worte: ich verbürge mich für Titius, oder: ich vertrete ſeine Schuld, einen Unterſchied in der Interceſſionsform begründen, und man möchte daher der letzteren Anſicht zu Folge, das praktiſche Verhältniß beider Inſtitute vielleicht eher ſo beſtimmen, daß jetzt die ganze fideiussio, d. h. jeder in Folge ihrer Eigenthümlichkeiten vom Conſtitut abweichende Einfluß gänzlich aufhören müſſe.

Heimbach.

Contractus chirographarius [1]). Chirographum im weiteren Sinne heißt die Handſchrift irgend einer Perſon [2]); in der engeren, ſchon zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten [3]) gewöhnlich gewordenen Bedeutung bezeichnet es ein ſchriftliches Bekenntniß einer Perſon, daß ſie einer anderen etwas ſchuldig ſei, und in dieſem Sinne erſcheint es ſynonym mit cautio, manus, instrumentum. Am häufigſten kam das Chirographum beim Darlehen vor, doch ſteht nicht zu bezweifeln, daß auch andere Obligationsgründe, z. B. das Depoſitum [4]), zur Ausſtellung eines Schuldſcheines benutzt wurden. Schon zu Cajus [5]) Zeiten war die Idee allgemein, daß aus einem ſolchen Schuldſcheine für den Ausſteller eine Verbindlichkeit entſtehe, und dieſer Juriſt nahm die Analogie der litterarum obligatio zu Hilfe, um dieſe Eigenthümlichkeit zu erklären, und dieſe Er-

52) So Koch l. c. und Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 13, S. 425.

57) So Hofacker, principia iuris civilis Rom. germ. tom. III. §. 2068, und Zimmern a. a. O. S. 281.

1) Literatur: Maurer, juriſtiſche Abhandlungen (Leipzig 1780), S. 27 flg. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 99—177. Unterholzner, über die exceptio non numeratae pecuniae, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 1—59. Endemann, de chirographo et exceptione non numeratae pecuniae. Marb. 1832.

2) Z. B. in L. 30. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.) Vergl. Dirksen, Manuale Latinitatis fontium, p. 135.

3) Caius inst. III. §. 134. Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, si quis debere se aut daturum se scribat. Vgl. L. 44. §. 5. D. de legatis I. (30.) L. 59. D. de legatis III. (32.) L. 31. §. 4. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 10. pr. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.) Auch die kaiſerlichen Conſtitutionen haben dieſe Bedeutung anerkannt. Vgl. L. 5. C. de non numerata pecunia. (4. 30.)

4) L. 5. C. 4. 30. L. 11. u. 14. §. 1. C. ibid.

5) Caius inst. III. §. 134.

klärung nun liefert uns den Beweis für die Behauptung, daß ſolche Schuldſcheine von den Römern nicht blos als Beweisinſtrumente [6]) angeſehen wurden, ſondern daß ihr Daſein an ſich ſchon zur Erzeugung einer Verbindlichkeit hinreichte. — Was die Form anbetrifft, in welcher ſolche Chirographa in der Regel ausgefertigt wurden, ſo war die der Stipulation zweifelsohne die gewöhnlichſte[7]), doch war das Hinzutreten derſelben kein nothwendiges Erforderniß zur Giltigkeit des Chirographum, da auch dem nicht in dieſer Form ausgeſtellten Schuldſcheine voller Glaube geſchenkt wurde. — Die aus dem Chirographum entſtehende Klage iſt die condictio si certum petatur [8]). Darauf deutet nicht allein die Annahme eines Litteralcontractes für den vorliegenden Fall (denn aus dieſem Contracte entſtand zweifelsohne die Condiction [9])), ſondern auch die Erwähnung der quasi credita pecunia neben dem Chirographum in L. 5. C. de non num. pec. (4. 30.). Bei der Production ſolcher Urkunden im Gericht galt es natürlich als Regel, daß man bei dem Bekenntniſſe des Beklagten ſtehen bleiben müſſe [10]). Ausnahmsweiſe legte man in der condictio indebiti bei den ſogenannten instrumenta indiscreta, d. h. ſolchen Schuldſcheinen, welche keine beſtimmte causa debendi enthalten, dem Beklagten, d. h. dem Inhaber des Documentes den Beweis der causa debendi auf [11]), und ſelbſt dann, wenn eine giltige causa debendi im Inſtrumente angegeben worden, erlaubte man dem Kläger, wenn er mit der genannten Klage das indebite ausgeſtellte Chirographum zurückfordert, den Beweis zu führen, daß die angegebene causa in der That nicht vorhanden geweſen ſei, freilich mit der Beſchränkung, daß er ſich in dieſem Falle nur der Urkunden als Beweismittel bediene [12]), und Kaiſer Juſtinian dehnte die zuletzt genannte Ausnahme unter der gleichen Beſchränkung auf alle Klagen aus Schuldſcheinen aus, welche eine vergangene causa debendi enthalten [13]).

Mit der Lehre von den Chirographa hängt die Lehre von der exceptio und querela non numeratae pecuniae zuſammen. Zunächſt kam es wohl bei den syngraphae, welche ſich von den übrigen Chirographa dadurch unterſchieden, daß ſie von beiden Theilen, dem Gläubiger und dem Schuldner, beſiegelt und aufbewahrt wurden, häufig vor, daß die in der Urkunde beſcheinigte Zahlung nicht immer, oder wenigſtens nicht in der Maße, wie ſie beſcheinigt worden, erfolgte [14]), da es nur von dem Vertrage der Parteien abhing, die Faſſung der Urkunde in der einen oder anderen Weiſe zu bewirken. Auch bei den anderen Chirographa kam in der Kai-

6) Caius inst. III. §. 131.

7) L. 11. C. 4. 30., vergl. mit Caius inst. III. §. 134 u. L. 40. D. 12. 1. Daß dieß indeß nicht bei allen Chirographa ſtandfand, bezeugt Theoph. paraphr. inst. III. 21., ed. Reitz. tom. II. p. 670.

8) Theod. Cod. 2. 27. Si certum petatur de chirographis.

9) Iust. inst. III. 22.

10) L. 25. §. 4. D. de probationibus. (22. 3.)

11) L. 25. §. 4. D. 22. 3. Cap. 14. X. de fide instrum. (2. 22.).

12) L. 25. §. 4. D. 22. 3. Cap. 14. X. 2. 22. Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 1—5.

13) L. 13. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 1—3.

14) Asconius ad Cicer. in Verrem II. 1. 36. p. 184. ed. Orelli.

ſerzeit der Gebrauch auf, daß der Schuldſchein in der Hoffnung Geld zu erhalten ausgeſtellt wurde, ohne daß nachher immer die wirkliche Zahlung erfolgte [15]). Daher kam es, daß die Kaiſer ſchon zeitig daran dachten, dieſem Mangel durch die Geſetzgebung abzuhelfen [16]). Es kam ihnen hierbei der Umſtand zu ſtatten, daß man ſich ſchon in den Zeiten der claſſiſchen Juriſten daran gewöhnt hatte, in allen Fällen, wo Stipulationen zur Numeration hinzutraten, die letztere als eine Art von Suspenſivbedingung der erſteren anzuſehen [17]), und daß man in Folge dieſer Anſicht, falls der Gläubiger die ihm aus einer ſolchen Stipulation zuſtehende Klage anſtellte, dem Beklagten die exceptio doli gewährte, wodurch er die Zahlung ableugnet und den Kläger zwingt, den Beweis der Zahlung zu übernehmen [18]). Da nun ſchon zeitig bei der Abfaſſung ſolcher Stipulationen Urkunden nothwendig geworden waren, und auch die Chirographa meiſtens unter Beobachtung der Stipulationsform abgefaßt wurden, ſo war es leicht, die von der Stipulation, wenn ſie mit der Numeration verbunden iſt, geltenden Grundſätze auf das Chirographum zu übertragen [19]). So erblickte man nach und nach in den bloßen Chirographa nicht mehr eine reine litterarum obligatio, ſondern man geſtattete nach Anleitung kaiſerlicher Conſtitutionen dem, welcher aus ſeiner Handſchrift auf Bezahlung der Schuld belangt wurde, die Einrede des nicht gezahlten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae) [20]), wodurch dem Kläger der Beweis der geſchehenen Zahlung aufgebürdet werden ſollte. Dieſe Einrede war urſprünglich eine exceptio in factum concepta und wurde im Falle der mit der numeratio verbundenen Stipulation zur Zeit der claſſiſchen Juriſten dann als Aushilfsmittel gebraucht, wenn die doli mali exceptio deshalb nicht ſtattfinden konnte, weil der Beklagte zu den Perſonen gehörte, welchen der Kläger Achtung und Ehrfurcht zu erweiſen hatte, z. B. Eltern und Patrone [21]). Fragt man, gegen welche Chirographa die Einrede der nicht erfolgten Zahlung zuläſſig iſt, ſo herrſcht unter den neueren Juriſten großer Streit darüber, ob ſie auf das ſchriftliche Zugeſtändniß über den Empfang eines Darlehns [22]), oder auf die Real-

---

15) L. 3. 5. u. 13. C. 4. 30.

16) Cod. Hermog. de cauta et non numerata pecunia, const. 1. ed. Haen. p. 66. Theoph. paraphr. inst. III. 21., ed. Reitz. tom. II. p. 672.

17) L. 6. §. 1. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 7. D. ibid. L. 30. D. de rebus creditis. (12. 1.) Vgl. Conradi, de condictione Iuventiana p. 85.

18) Caius inst. IV. §. 116. L. 2. §. 3. D. de doli mali except. (44. 4.) L. 3. C. 4. 30.

19) Was bei Cajus und den Pandektenjuriſten doli exceptio heißt, wird in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen IV. 13. §. 2. (de exceptionibus) geradezu non numeratae pecuniae exceptio genannt. Daraus erklärt ſich L. 3. C. 4. 30: Exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae.

20) So Theoph. l. c. III. 21., ed. Reitz. tom. II. p. 670. L. 5. C. 4. 30. L. 14. C. ibid.

21) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

22) So Donellus, commentarius in Codicem Iustiniani ad c. 3. 5. 13. u. 14. C. de non numerata pecunia. Glück a. a. O. Th. 12, S. 174—

contracte mit Ausnahme des Depoſitums zu beſchränken [23]) ſei, oder ob ſie allen Chirographen entgegengeſtellt werden könne, in welchen der Empfang einer gewiſſen Sache beſcheinigt und dagegen eine gewiſſe Verbindlichkeit übernommen worden iſt [24]). Entſcheidend wird in dieſer Beziehung eine Verordnung Juſtinian's [25]), welche von der Vorausſetzung ausgeht, daß die exceptio non numeratae pecuniae gegen alle Arten von Urkunden, und zwar ſowohl gegen Schuldverſchreibungen als auch gegen Quittungen zuläſſig ſei, und es kann gegen ein ſo deutliches Zeugniß unmöglich in Betracht kommen, wenn in einem Reſcripte des Juſtinianiſchen Codex [26]) die Wirkſamkeit der Exception auf den Fall der credita pecunia ausdrücklich bezogen und in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen und von dem alten griechiſchen Erklärer derſelben, Theophilus, mit dem Darlehen in Verbindung geſetzt wird [27]). Auch beſchränkt ſich die Anwendbarkeit der Einrede nicht allein auf den Fall, wenn die in der Schuldverſchreibung vorausgeſetzte Zahlung gar nicht erfolgt iſt, ſondern ſie erſtreckt ſich im Juſtinianiſchen Rechte auch auf den, wenn nur ein Theil, nicht das Ganze dem Schuldner ausgehändigt worden [28]). Endlich kommt es bei der Vorſchützung der Einrede gegen Schuldurkunden nicht weiter in Betracht, ob in derſelben die Zahlung einer Geldſumme, oder die Aushändigung anderer Sachen beſcheinigt werden [29]). Freilich iſt es ein allgemeines Erforderniß zur Vorſchützung des Rechtsmittels, daß die Ausſtellung des Schuldſcheins in der Hoffnung auf gegenwärtige oder zukünftige Zahlung erfolgt ſei. Daher kommt die Einrede in Wegfall, wenn die beſcheinigte Numeration in der Urkunde ſelbſt in eine beſtimmt vergangene Zeit geſetzt wird, gleichviel, ob dieſe mehr oder weniger vom Datum der Urkunde entfernt iſt [30]). — Fragt man, wie man ſich die genannte Einrede zu denken habe, ſo ſtellt ſie ſich nach der richtigeren Meinung als eine Einrede gegen die Urkunde heraus [31]), nicht aber als eine Ausflucht gegen das durch die Urkunde zu erweiſende Recht. In Betreff deſſen erſcheint ſie vielmehr als ein wahres Ab-

---

177. Maier, de vera exceptionis non numeratae pecuniae indole (Wirceb. 1817), §. 17.

23) Vgl. Cuiacii, recitat. in lib. I—IX. Codicis ad tit. C. de non numerata pecunia.

24) So Meurer und Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 19—30.

25) L. 14. C. 4. 30.

26) L. 5. C. 4. 30.

27) Iust. inst. III. 21. ibique Theoph. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 28 flg.

28) L. 3. u. 9. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 31. Entſcheidend erſcheint hier auch die Analogie der non numerata dos, welche bekanntlich vor Juſtinian nach den Grundſätzen der exceptio non numeratae pecuniae behandelt wurde. Vgl. Nov. 100. cap. 1. pro.

29) L. 14. pr. u. §. 2. C. 4. 30.

30) So Meurer a. a. O. §. 25—38, S. 47, und Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 8—19. Anderer Meinung iſt freilich Hanſen, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 4, S. 60—64, wegen L. 5. u. 13. C. 4. 30. Vgl. dagegen Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 13 flg.

31) L. 26. §. 2. D. depositi vel contra. (16. 3.) Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 6—9.

leugnen, was man in der Sprache der neueren Rechtslehrer mit dem Namen litis contestatio negativa bezeichnet. Aus dieſer Anſicht erklärt ſich ganz einfach, wie man in den Kaiſerzeiten dazu kam, der Einrede des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich den Namen exceptio beizulegen [32]), und daß ſie auch in die formula aufgenommen wurde, zeigt theils die Analogie des Verhältniſſes der alten, bei der Stipulation vorkommenden exceptio non numeratae pecuniae zur doli exceptio, theils der Umſtand, daß zur Zeit, wo die formulae noch in der alten Weiſe concipirt wurden, von unſerer Einrede die nämlichen Ausdrücke gebraucht werden [33]), wie von den anderen Exceptionen, von denen es ſonſt gewiß iſt, daß ſie der formula eingefügt wurden [34]). Mit dem Geſagten ſtimmt es vollkommen überein, was uns über den Grund der exceptio non numeratae pecuniae in den römiſchen Rechtsquellen berichtet wird. Daß wir dieſen in der Natur der Sache zu ſuchen haben, bezeugt das naturalis ratio in einer Coderſtelle [35]). Wahrſcheinlich waren es zwei verſchiedene Rückſichten, welche durch ihr Zuſammenwirken die Einführung der Exception veranlaßt haben; einerſeits die nicht ſeltene Erſcheinung, daß bei Rechtsgeſchäften, welche in Beziehung auf eine Geldſumme oder auf eine andere Sache, deren Ablieferung erwartet wird, abgeſchloſſen werden, die Urkunde ſchon vor der wirklichen Ablieferung und zwar in der Art ausgefertigt wird, daß in derſelben der mit Gewißheit vorausgeſetzte Empfang als wirklich erfolgt angeführt wird, wo es denn gewöhnlich auch der Fall iſt, daß eine ſolche Urkunde in den Händen deſſen bleibt, welcher die ſofort erwartete Ablieferung der Abrede zuwider hinausſchiebt [36]), da ja doch nicht immer die ängſtliche Vorſicht anwendbar iſt, welche mit der einen Hand das Geld einſtreicht, während ſie mit der anderen den Empfangſchein hingibt; andererſeits die ſo große Schwierigkeit, welche der vom Ausſteller der Urkunde über den Nichtempfang zu führende Beweis für dieſen nothwendiger Weiſe haben müßte, während der Inhaber der Urkunde bei dem ihm auferlegten Beweiſe beſonders auch deshalb in beſſerer Lage iſt, weil er oft auf indirectem Wege die wirklich geſchehene Zahlung darthun kann. — Was die Wirkung der vorgeſchützten Einrede anbetrifft, ſo wird in den römiſchen Rechtsquellen nur ſoviel angedeutet, daß der Kläger durch den Gebrauch derſelben von Seiten des Beklagten gezwungen wird, den Beweis der Zahlung auf andere Weiſe, als durch den producirten Schuldſchein zu führen [37]), wobei ihm natürlich die Wahl der Beweismittel überlaſſen bleibt. Auch geht dieß mit Gewißheit aus der Analogie der gegen Stipulationen, welche mit der Numeration verbunden ſind,

---

32) L. 3. 5. 7. 8. 10. 13. u. 14. C. 4. 30.

33) Exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae. L. 3. C. 4. 30. (von Caracalla.) Exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum. L. 6. C. ibid. (von Alexander Severus.) Vgl. L. 8. u. 11. C. 4. 30.

34) Caius inst. IV. §. 119 u. 126. Vgl. Albrecht, die Exceptionen des gemeinen teutſchen Civilprozeſſes, S. 22 flg.

35) L. 10. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 7 flg.

36) L. 7. C. 4. 30.

37) L. 3. u. 10. C. 4. 30. Pr. J. 3. 21. Theoph. paraphr. inst. III. 21. p. 670—672.

dem Beklagten zuſtehenden doli oder non numeratae pecuniae exceptio hervor, da auch durch die Vorſchützung dieſer Einrede der Beweis der Zahlung dem Kläger aufgebürdet wird, und man ſich das durch die Stipulation entſtehende Rechtsverhältniß ſo dachte, daß die Zahlung als Suspenſivbedingung der Stipulation angeſehen wurde [38]. Endlich beſtätigt ſich die angegebene Wirkung der Exception durch die Vergleichung der querela non numeratae dotis, welche urſprünglich auch eine exceptio non numeratae pecuniae iſt, und, wenn ſie vom Manne oder deſſen Erben vorgeſchützt wird, dem Gegner die Nothwendigkeit auferlegt, die Illation des Heurathsgutes zu beſcheinigen [39]. Die weiteren Schickſale des Prozeſſes, in welchem die Einrede der Nichtzahlung vorgeſchützt worden, hängen mit den allgemeinen Prozeßregeln zuſammen. Kann alſo der Kläger den ihm auferlegten Beweis der Zahlung nicht führen, ſo muß der Beklagte freigeſprochen werden. Manche neueren Rechtsgelehrten, welche die bisher erörterte exceptio non numeratae pecuniae mit dem Zuſatze privilegiata bezeichnen und derſelben die non privilegiata entgegenſtellen, behaupten, daß der zuletzt genannten Einrede die oben erörterte Wirkung abgehe und daß dieſelbe nur inſofern von Nutzen ſei, als der, welcher die Einrede vorſchützt, ſeinerſeits nachzuweiſen im Stande iſt, daß ſeine Behauptung, das Geld nicht empfangen zu haben, gegründet ſei. Allein dieſe Anſicht iſt dem römiſchen Sprachgebrauche nicht angemeſſen, da die exceptio n. n. p. daſelbſt ſchon ihrem Begriffe nach als eine rein ableugnende, mit keiner Beweiskraft verbundene, Einwendung erſcheint [40]. — Fragt man, wem die Einrede zu ſtatten komme, ſo erſcheint ſie keineswegs als eine blos perſönliche Begünſtigung des Ausſtellers der Urkunde, ſondern ſie ſteht auch den Erben deſſelben zu [41]. Eine Meinung, welche ſich auch durch die Analogie der exceptio non numeratae dotis vollkommen beſtätigt [42]. Auch die, welche acceſſoriſch verpflichtet ſind, wie die Mandatoren und Fideiuſſoren können von ihr Gebrauch machen [43]. Auf gleiche Weiſe kann ſie dann mit Erfolg benutzt werden, wenn eine Verpfändung hinzugekommen iſt, und der Inhaber der Urkunde Rechte aus dieſer Verpfändung herleiten will [44], da man ja einer Schuldverſchreibung deshalb keine größere Beweiskraft beilegen kann, weil ſie zugleich eine Verpfändung enthält. Auch den Gläubigern deſſen, dem die Einrede zuſteht, kommt ſie zu ſtatten, ohne Unterſchied, ob ſie Sachen ihres Schuldners beſitzen und deshalb verklagt werden, oder ob ſie ſelbſt kla-

---

38) Caius inst. IV. §. 116, vergl. mit L. 2. §. 4. D. 44. 4. L. 7. D. 46. 2.

39) Nov. 100. pro. cap. 1. pr.

40) Vgl. Meurer a. a. O. §. 45, S. 63, und Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 6.

41) L. 8. C. 4. 30.

42) L. 3. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.) Nov. 100. c. 1.

43) L. 12. C. 4. 30. Bei der privativen Interceſſion fällt die Einrede begreiflicher Weiſe hinweg. L. 6. C. 4. 30.

44) L. 1. C. 4. 30. L. 1. C. si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non sit. (8. 33.) Ueber dieſe Geſetzſtelle vergleiche die Bemerkungen bei Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 34, Note 26.

gend auftreten, und ohne Rückſicht darauf, ob der Hauptſchuldner, aus deſſen Perſon ſie das Exceptionsrecht herleiten, dieſelbe in der That gebraucht hat oder nicht, wobei es ſich freilich von ſelbſt verſteht, daß weder dieſer noch ſein Bürge durch die Vorſchützung der Einrede von Seiten der Gläubiger in Schaden gebracht werden darf[45]). — Von den hier erörterten Grundſätzen treten in folgenden Fällen Ausnahmen ein, in welchen die Einrede der nicht geſchehenen Zahlung gegen Urkunden, aus beſonderen Gründen in Wegfall kommt. Dieſe Ausnahmen treten ein: 1) wegen der beſonderen Beſchaffenheit der Urkunden, gegen welche die Einrede des nicht gezahlten Geldes gebraucht werden ſoll. Dieß iſt der Fall bei den **securitates publicarum functionum**[46]), worunter man nicht blos ſolche Quittungen zu verſtehen hat, welche einem öffentlichen Amte über eine bei ihm erhobene Zahlung oder ſonſt empfangene Leiſtung gegeben werden, ſondern auch die, welche ein öffentliches Amt über den Empfang einer Geldzahlung oder Lieferung ausſtellt, und bei allen Depoſitenſcheinen, welche den Empfang einer beſtimmten Geldſumme oder anderer beſtimmten **species** enthalten[47]). Eine Ausnahme, von welcher der Grund wohl in der Unwahrſcheinlichkeit der Annahme liegt, daß der Depoſitar ſich mit der Ausſtellung des Depoſitenſcheines übereilen werde, da er rechtlich ja gar kein Intereſſe daran hat, das Depoſitum in ſeine Hände zu bekommen. Das in der Urkunde enthaltene eidliche Verſprechen, das Darlehen wieder zu bezahlen, ſchließt die Einrede des nicht empfangenen Geldes keineswegs aus, weil es die Bedingung enthält, wenn der Ausſteller das Geld auf die Handſchrift erhalten wird[48]). 2) Wegen Anerkenntniß der Schuld von Seiten deſſen, welcher die Schuldverſchreibung ausgeſtellt hat. Dieß findet nicht allein dann ſtatt, wenn der Empfang des Heurathsgutes vom Ehemanne oder deſſen Vater in einer beſonderen, erſt nach Abfaſſung der Dotalpacten ausgeſtellten Empfangsbeſcheinigung quittirt worden iſt[49]), ſondern auch dann, wenn das Anerkenntniß vor Zeugen, im Teſtamente oder auch ſtillſchweigend durch Abſchlagszahlung auf das Capital oder Zinszahlung geſchehen iſt[50]). 3) Wegen eines Privilegiums, welches dem, welchem der Schuldſchein ausgeſtellt wird, zu ſtatten kommt. In dieſer Rückſicht ſind nur die Argentarien vom Kaiſer Juſtinian privilegirt[51]), und es iſt in Betreff der zu ihren Gunſten ausgeſtellten Schuldſcheine kein Unterſchied, ob dieſelben von Leuten, welche öffentlichen Glauben genießen, wie Tabellionen, angefertigt, oder ob ſie vom Schuldner ſelbſt ganz und gar geſchrieben oder nur unterſchrieben worden ſind. 4) Wegen Entſagung der Einrede. Daß

45) L. 15. C. 4. 30.

46) L. 14. §. 2. C. 4. 30. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 34 flg.

47) L. 14. §. 1. C. ibid.

48) L. 16. C. 4. 30.

49) L. 14. §. 1. C. 4. 30., vergl. mit **L. 3. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.)**

50) L. 4. C. 4. 30.

51) Nov. 136. cap. 5.

eine Entſagung in dieſem Falle zuläſſig iſt, läßt ſich ſchon nach den allgemeinen Regeln des römiſchen Rechtes über den Gebrauch von Exceptionen [52]) nicht bezweifeln. Nur über die Erforderniſſe einer ſolchen Entſagung ſind die heutigen Rechtsgelehrten verſchiedener Anſicht. Man betrachtet nach der richtigeren Meinung eine Entſagung, welche in einer beſonderen Urkunde geſchehen, und eine ſolche, welche eidlich beſtärkt worden iſt, als giltig, da im erſten Falle dieſelben Gründe eintreten, wie bei der nachmaligen Beſcheinigung, und im zweiten Falle die Beſtimmung des canoniſchen Rechtes entſcheidend erſcheint, daß alle Eide, welche gehalten werden können, verpflichtende Kraft haben [53]), wenn ſchon andere Rechtsgelehrte, falls die eidliche Entſagung in der Schuldurkunde ſelbſt enthalten iſt, einen Unterſchied zwiſchen der Entſagung durch promiſſoriſchen und aſſertoriſchen Eid machen [54]) und im letzteren Falle annehmen, daß die Einrede des nicht gezahlten Geldes weder durch das römiſche noch durch das canoniſche Recht ausgeſchloſſen werde, während ſie im zuerſt genannten Falle glauben, daß die Einrede in der That nicht weiter vorgeſchützt werden könne, wofern der Beklagte nicht einen wahrſcheinlichen Irrthum anzuführen und zu erweiſen vermag. Andere in der Schuldverſchreibung oder in der Quittung enthaltene Entſagungen werden allgemein für wirkungslos erklärt, weil man annehmen muß, daß die Entſagung jener Einrede ebenſo, wie die Ausſtellung des Schuldſcheines nur in der Hoffnung, das Geld zu erhalten, geſchehen ſei, zumal da ſolche Entſagungsclauſeln leicht ſtehende Artikel in den Formeln der Schuldurkunden und Quittungen werden. 5) Wegen Ablauf der Verjährungsfriſt, welche für die Vorſchützung der Einrede des nicht gezahlten Geldes durch das Geſetz feſtgeſtellt worden iſt. Denn obgleich in der Regel Einreden unverjährbar ſind [55]), weil die Verjährung der Rechtsmittel nur als eine Strafe für die Nachläſſigkeit derer erſcheint, welche dieſelbe hätten brauchen können und doch nicht gebraucht haben, und der, welchem eine Exception zuſteht, ſie nicht eher brauchen kann, als bis er von ſeinem Gegner mit der Klage belangt wird, ſo iſt doch für die vorliegende Einrede ausnahmsweiſe eine Verjährungsfriſt feſtgeſetzt worden. In den älteſten Zeiten betrug dieſelbe ein Jahr [56]), an deſſen Stelle ſetzten die ſpäteren Kaiſer einen Zeitraum von fünf Jahren [57]), und Kaiſer Juſtinian führte anſtatt der fünfjährigen eine zweijährige Verjährungsfriſt ein [58]) und verfügte zugleich, daß gegen Quittungen die gedachte Einrede nur innerhalb

---

52) L. 51. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) L. 29. C. de pactis. (2. 3.) Nov. 136. c. 1.

53) So Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 48.

54) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 155—159.

55) L. 5. §. 6. D. de doli mali except. (44. 4.)

56) L. un. C. Herm. de cauta et non numerata pecunia (1.) ed. Haenel. p. 65. Ueber die Verfaſſer dieſer Conſtitution vergl. außer Hänel's Noten auch Glück, Erläuterung der Pand. Th. 12, S. 101.

57) C. un. C. Hermog. ibid. L. 14. C. Inst. 4. 30. Pr. J. 3. 21. Theoph. paraphr. inst. ad h. l., ed. Reitz. tom. II. p. 672.

58) Siehe die Stellen in der vorigen Note.

30 Tagen, von dem Termine der Ausſtellung an gerechnet, zuſtändig ſei[59]. Man hält dieſe von Juſtinian eingeführten Friſten für tempora continua, was in Betreff der zweijährigen Friſt in L. 14. pr. C. de n. n. p. (4. 30.) ausdrücklich geſagt wird und ſich auch durch die Vergleichung des bei der dotis non numeratae exceptio feſtgeſetzten annus continuus hinreichend beſtätigt[60]. Fragt man, von welcher Zeit an der genannte Zeitraum berechnet werde, ſo iſt es wohl am natürlichſten in den Stellen, welche kurzweg von der zweijährigen und fünfjährigen Friſt ohne ſpecielle Erwähnung des Anfangspunktes ſprechen, ſich die Ausſtellungszeit des Schuldſcheines als Anfangspunkt der Verjährungszeit zu denken, und dieß beſtätigt ſich auch durch die bei Quittungen gewöhnliche dreißigtägige Friſt, von welcher in der nämlichen Geſetzesſtelle, welche die zweijährige Friſt an die Stelle der fünfjährigen ſetzte, ausdrücklich bezeugt wird, daß ſie von dem Datum der Quittung an gerechnet werden ſolle. Für Verſchreibungen, welche den Empfang des Heurathsgutes von Seiten des Ehemannes oder ſeines Vaters beſcheinigen, ſind beſondere Friſten feſtgeſetzt worden, worüber der Artikel Brautgabe nachzuſehen iſt. Zu Gunſten der Minderjährigen iſt ausnahmsweiſe feſtgeſetzt worden, daß ihnen der Ablauf der Verjährungsfriſt nichts ſchaden ſolle; mithin bedürfen ſie für dieſen Fall nicht einmal der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand[61]. Was die Wirkungen der Verjährung anbelangt, ſo iſt es unter den neueren Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig, ob mit dem Ablauf der geſetzlichen, für die Dauer der Einrede feſtgeſetzten Friſt jede Einwendung des nicht empfangenen Geldes ganz und gar wegfällt, oder ob nur der beſondere Vortheil verloren geht, daß man lediglich den Empfang zu leugnen braucht, ohne eines weiteren Beweiſes zu bedürfen. Für die letztere Meinung entſcheiden ſich Glück[62] und Unterholzner[63], und es ſpricht für dieſelbe namentlich das Verbot der Eideszuſchiebung in allen den Fällen, wo die exceptio non numeratae pecuniae entweder von Anfang an nicht zuläſſig war, oder durch den Ablauf der Verjährungsfriſt unzuläſſig geworden iſt[64], in Verbindung mit dem Umſtande, daß die Verjährung der Einrede lediglich deshalb eingeführt worden, damit die Inhaber der Schuldverſchreibung durch den Ablauf einer längeren Zeit nicht der Mittel, den Beweis der Numeration zu führen, beraubt, und ſo in die Verlegenheit geſetzt würden, das darlehnsweiſe wirklich hingegebene Geld aus Mangel an Beweismitteln zu verlieren[65]. Nimmt man dieſe Meinung als wahr an, ſo müßte nach heutigem Rechte dem Beklagten auch nach dem Ablaufe der Verjährungsfriſt die Einrede des nicht

---

59) L. 14. §. 2. C. 4. 30.
60) L. 3. C. 5. 15.
61) L. 5. C. in quibus caussis in integrum restitutio necessaria non est. (2. 41.)
62) Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 172.
63) Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 7, S. 49.
64) L. 14. §. 3. C. 4. 30.
65) Theoph. paraphr. inst. III. 21. ed. Reitz. tom. II. p. 672.

gezahlten Geldes geſtattet werden, im Fall er nämlich den Beweis davon zu führen bereit und im Stande iſt, was man mit dem Namen exceptio non numeratae pecuniae non privilegiata zu bezeichnen gewohnt iſt. Zum Beweiſe dieſer Einrede darf ſich derſelbe aber nicht des Eidesantrags bedienen, da ihm der Gebrauch deſſelben in dieſem Falle ausdrücklich unterſagt iſt [66]). Auch ſteht es der hier angenommenen Meinung keinesweges entgegen, wenn in Betreff der aus dem Chirographum entſtehenden Verbindlichkeit in const. 8. C. 4. 30. ganz allgemein bemerkt wird, daß nach dem Verlaufe der Verjährungsfriſt der Erbe des Ausſtellers des Schuldſcheines jedenfalls die verbriefte Schuld bezahlen müſſe, oder wenn es in const. 14. C. ibidem ganz allgemein heißt, daß die genannte Einrede nach dem Ablaufe der Verjährungszeit nicht mehr vorgeſchützt werden könne. Denn eines Theils erklären ſich dieſe Aeußerungen unſerer Rechtsquellen aus dem, was bereits oben über den römiſchen Sprachgebrauch in Betreff unſerer Einrede vorgebracht worden, anderen Theils ſind dieſelben zu ſehr dem eben vorliegenden Falle angepaßt, als daß aus denſelben irgend ein haltbarer Schluß auf einen allgemein giltigen Rechtsſatz zuläſſig wäre. Am wenigſten kann die in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen und bei dem alten Erklärer derſelben, Theophilus, ſich vorfindende Vergleichung der aus dem Chirographum ſtammenden Verbindlichkeit mit der im vorjuſtinianiſchen Rechte vorkommenden litterarum obligatio dazu dienen, um die gegentheilige Meinung zu unterſtützen. Denn an dieſen Stellen wird nur eine wiſſenſchaftliche Anſicht aufgeſtellt, welche ſich aus den alten Ideen über den contractus chirographarius einfach erklären läßt [67]). — Als ein allgemeines Rechtsmittel, ſich die exceptio non numeratae pecuniae auch über die Dauer der Verjährungsfriſt hinaus zu erhalten, erſcheint in den römiſchen Rechtsquellen die querela non numeratae pecuniae, auch querimonia [68]) genannt, worunter man ſich eine an den Inhaber der Urkunde abzugebende ſchriftliche Erklärung, oder, falls dieſer abweſend oder eine derartige Erklärung mit beſonderen Schwierigkeiten verknüpft iſt, eine an das Gericht abzugebende Proteſtation zu denken hat [69]). Im erſten Falle geſchieht die Erklärung an den Gegner in der Form der denunciatio, wozu natürlich Zeugen zugezogen werden, welche die Erklärung dem Gegner überbringen [70]), da es ein Erforderniß der Querel iſt, daß dieſe Erklärung erweislich in die Hände des Gegners gekommen ſei. Im zweiten Falle wird die Beſchwerde einſeitig zu Protokoll gegeben, in der Regel beim gewöhnlichen Richter, im Nothfall auch bei jedem anderen, und für Con=

66) L. 14. §. 3. C. 4. 30. Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 49.

67) Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. 7, S. 52.

68) L. 8. C. 4. 30. Vergl. Nov. 100. mit Juliani epitome Nov. const. 39. cap. 349. Siehe Marezoll's Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen in Grolman's und Löhr's Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung, Th. 4, S. 386—392.

69) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

70) L. 14. §. 4. C. 4. 30. Vergl. Marezoll a. a. O. Th. 4, S. 390 u. 402.

ſtantinopel wird quilibet ordinarius iudex, für die Provinzen aber entweder der Statthalter der Provinz oder der Defenſor des Ortes als competent genannt, und falls auch keine von dieſen Perſonen zu haben, oder der Weg der gerichtlichen Proteſtation dem Querulanten aus anderen Gründen beſchwerlich iſt, bleibt es dem letzteren vorbehalten, ſeinen Gegner durch den Biſchof des Ortes von ſeiner Beſchwerde in Kenntniß zu ſetzen [71]). Aus dem Geſagten ergibt ſich zugleich ſoviel als gewiß, daß man ſich die Querel nicht blos als eine gerichtliche Klage, auch nicht als eine bloße Provocation an den Gegner zu denken habe, ſeine auf den ausgeſtellten Schuldſchein etwa zu gründenden Anſprüche auf andere Weiſe, als durch die Production deſſelben zu beweiſen, oder denſelben durch Zurückgabe des Schuldſcheines gänzlich zu entſagen [72]). Der Zweck der Querel iſt lediglich der, ſich die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch über die Dauer der Verjährungszeit hinaus zu erhalten [73]), und es iſt nur eine Verwechſelung verſchiedener Begriffe, wenn man ihr auch die Wirkung zuſchreibt, daß der Gegner dadurch gezwungen werden könne, die Handſchrift zurückzugeben [74]). Durch dieſe Bemerkung kommt die Querel mit der Exception in einen gewiſſen Zuſammenhang, welchen ſchon Unterholzner [75]) und Marezoll [76]) errathen haben, und erſt auf dieſe Weiſe wird die Vorſchrift unſerer Rechtsquellen erklärlich, daß die Querel nur innerhalb der Verjährungsfriſt der Exception mit Wirkung angeſtellt werden könne [77]). Ueber den Umfang der Querel kann nach dem Geſagten ebenfalls kein Zweifel mehr obwalten. Denn wenn es ſchon wahr iſt, daß die meiſten neueren Rechtsgelehrten ſie nur auf Chirographa beſchränken, ſo beweiſt doch der Zuſammenhang derſelben mit der Exception gleiches Namens, daß ſie auch gegen alle anderen Urkunden gebraucht werden kann, gegen welche die Exception zuläſſig iſt; alſo nicht allein gegen Dotalinſtrumente [78]), ſondern auch gegen Privatquittungen, und zwar gegen dieſe innerhalb der dreißigtägigen durch L. 14. §. 2. C. 4. 30. eingeführten Verjährungsfriſt der exceptio non numeratae pecuniae. — Außer der Querel ſteht dem Ausſteller der Schuldverſchreibung im Fall des Nichtsempfangs der beſcheinigten Summe auch eine Condiction zu, womit er zunächſt die Quittirung der aus dem Chirographum entſtehenden Verbindlichkeit und mittelbar die Rückgabe des Schuldſcheines erzwingt [79]). Und daß auch dieſe Klage nur innerhalb der Verjährungsfriſt der Exception angeſtellt werden könne, ſcheint aus der Zu-

---

71) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

72) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 145.

73) L. 14. §. 4. C. 4. 30.: eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere. Vgl. L. 8. u. 9. C. ibid. u. Nov. 100.

74) Die Veranlaſſung zu dieſer irrigen Meinung hat L. 4. C. de condict. ex lege (4. 9.) gegeben. Doch erhält dieſes Geſetz durch L. 7. C. 4. 30. ſeine richtige Erklärung.

75) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 42.

76) In Grolman's und Löhr's Magazin, Bd. 4, S. 387.

77) L. 4. C. 4. 9. L. 8. 9. 14. §. 4. C. 4. 30.

78) L. 14. §. 4. C. 4. 30., vergl. mit Nov. 100.

79) L. 4. C. 4. 9. L. 7. C. 4. 30.

ſammenſtellung derſelben mit der Exception in den römiſchen Rechtsquellen nicht undeutlich hervorzugehen. Heimbach.

Conventionalſtrafe[1]) (poena conventionalis) heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten eine beſtimmte Summe Geldes, welche der, welcher etwas zu thun oder nicht zu thun ſich verbindlich macht, zu bezahlen verſpricht, wenn er gegen die von ihm übernommene Verbindlichkeit handelt. Die Römer wandten auf dieſen Fall die Stipulationsform an, und nannten deshalb ein ſolches Verſprechen poenae stipulatio[2]), um ſo leichter, da die Worte poenae nomine dari in der Regel der Stipulation eingefügt wurden[3]). Ward die Conventionalſtrafe einem Verſprechen etwas zu thun hinzugefügt, ſo wurde die Stipulationsform negativ gefaßt, z. B. si ita non feceris[4]). Enthält das Verſprechen die Unterlaſſung einer Handlung, ſo wird die Stipulation affirmativ gefaßt, z. B. si ita feceris, oder si adversus ea feceris. Auch mehrere Handlungen zuſammen können unter Hinzufügung einer Conventionalſtrafe verſprochen werden. Eine ſolche Zuſammenfügung kann entweder eine copulative oder eine disjunctive ſein. Im erſten Falle, welcher gewöhnlich durch et bezeichnet wird, gelten die zuſammengenannten Handlungen für eine Einheit, und es müſſen alle erfüllt werden, wenn der, welcher das Verſprechen geleiſtet hat, von der Verbindlichkeit, die Conventionalſtrafe zu bezahlen, frei werden ſoll[5]). Im zuletzt genannten Falle, welcher gewöhnlich durch aut bezeichnet wird, gelten die zuſammengefügten Handlungen für ſoviel verſchiedene Facta, als disjunctive Glieder vorliegen, und es reicht ſchon hin, daß die eine von den verſprochenen Handlungen erfüllt werde, um den, welcher das Verſprechen geleiſtet hat, von der Verpflichtung, die Conventionalſtrafe zu bezahlen, frei zu machen[6]). Im heutigen Rechte bedarf es zum Verſprechen der Conventionalſtrafe nicht mehr der Stipulationsform, da jeder einfache Vertrag nach den Grundſätzen des teutſchen Privatrechtes klagbar iſt und die condictio ex moribus erzeugt. — Aus dieſer Darſtellung geht mit Gewißheit hervor, daß die Conventionalſtrafe, welche zur Beſtärkung eines Geſchäftes hinzugefügt wird, den Charakter eines Nebengeſchäftes hat und mit dem Haupt=

1) Vgl. Pothier, Pandectae Iustinianeae lib. XLV. tit. 1. pte. II. sect. 1. art. 3. tom. III. p. 211—214. Joh. Aug. Bachii, opuscula ad historiam et iurisprudentiam spectantia, ed. Klotz. diss. X. p. 386—405. — Daß die Conventionalſtrafe ſtets auf eine beſtimmte Summe Geldes geht, geht hervor aus L. 38. §. 17. D. de V. O. (45. 1.), vergl. mit L. 38. §. 2 u. 17. D. 45. 1. Vergl. §. 7. J. de verborum oblig. (3. 15) L. 11. §. 2. D. de receptis, qui. (4. 8.)

2) L. 4. §. 3. D. doli mali et met. exc. (44. 4.) L. 71. D. de verborum obligationibus. (45. 1.) L. 122. §. 3. D. ibid. L. 69. D. ibid. L. 12. §. 2. D. de pactis dot. (23. 4.) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) §. 7. J. de verb. oblig. (3. 15.)

3) Vergl. die Formulare ſolcher Verſprechen in §. 7. J. 3. 15.

4) L. 71. D. 45. 1. L. 137. §. 7. D. ibid.

5) L. 13. §. 2. D. de rebus dubiis. (34. 5.)

6) L. 13. §. 3—5. D. 45. 1.

geſchäfte ſteht und fällt. Dieſer Grundſatz, welcher zur Beurtheilung des Details dieſer Lehre von Wichtigkeit wird, äußert vorzüglich dann Wirkungen, wenn die Hauptverbindlichkeit aus irgend einem inneren Grunde zerfällt. Denn in dieſem Falle gilt auch die Conventionalſtrafe für nicht hinzugefügt. Dieß tritt nicht allein ein, wenn die Hauptleiſtung gegen die Naturgeſetze verſtößt und deshalb als unmöglich ſich darſtellt[7]), ſondern auch dann, wenn die Erfüllung der verſprochenen Leiſtung die öffentliche Achtung für Sittlichkeit (boni mores) verletzen würde. Daher iſt die Conventionalſtrafe ungiltig, welche acquiſitiven Erbverträgen hinzugefügt wird[8]), da ſolche nach den Anſichten der römiſchen Rechtsgelehrten gegen die boni mores verſtoßen[9]), und deshalb als unverbindlich betrachtet werden[10]). Dahin gehören ferner alle Conventionalſtrafen, welche die Freiheit, ein Ehebündniß nach Belieben zu ſchließen, oder nicht zu ſchließen, beſchränken, ohne Unterſchied, ob die, welche die Ehe abzuſchließen gedenken, als Contrahenten erſcheinen, oder ob ein Dritter ſich verbindlich macht die Conventionalſtrafe zu erlegen, wenn er die zwiſchen zwei Perſonen beabſichtigte Ehe durch eigene Thathandlung verhindert[11]); insgleichen alle die Conventionalſtrafen, welche die Freiheit der Eheſcheidung auf irgend eine Weiſe beeinträchtigen, und dem, durch deſſen Schuld die Eheſcheidung herbeigeführt wird, zum Nachtheil gereichen[12]), ausgenommen wenn ſie gerade nur ſo hoch ſich belaufen, als die geſetzlichen Vermögensnachtheile betragen, welche den treffen, durch deſſen Schuld die Scheidung herbeigeführt wird[13]). Auch wenn die verſprochene Leiſtung gegen die beſtehenden Geſetze verſtößt, fällt die derſelben hinzugefügte Conventionalſtrafe von ſelbſt hinweg, da im Pandektenrechte allgemein angenommen wird, daß Alles, was von den Staatsgeſetzen verboten worden iſt, überhaupt unmöglich ſei[14]). Und dieß tritt nicht allein ein, wenn die verbotene Handlung auf einem dauernden Grunde beruht, ſondern auch dann, wenn ſie durch den Wegfall des Grundes ſpäterhin zur erlaubten Handlung wird[15]). Auch kommt nicht in Betracht, daß die Staatsgeſetze, auf deren Vorſchrift das Verbot beruht, der Veränderung unterworfen ſind, da das Erlaubtſein der Handlung und die davon abhängige

---

7) L. 69. D. 45. 1.

8) L. 61. D. 45. 1.

9) L. 61. D. 45. 1. L. 4. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

10) L. 32. §. 9. D. pro socio. (17. 2.) L. 5. C. de pactis conventis tam super dote. (5. 14.) Vgl. Haſſe, über Erbvertrag §. 2, im rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz, Jahrg. 2, S. 154 flg.

11) L. 5. C. de sponsalibus et arrhis sponsalitiis (4. 1.), vergl. mit L. 134. pr. D. de verborum obligationibus (45. 1.), u. L. 14. C. de nuptiis. (5. 4.) Vergl. Haſſe, das Güterrecht der Ehegatten nach römiſchem Rechte, Th. 1, S. 122.

12) L. 19. D. 45. 1. L. 14. C. 5. 4. L. 2. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

13) L. 19. D. 45. 1.

14) L. 35. §. 1. D. de verbor. oblig. (45. 1.) L. 137. §. 6. D. ibid. L. 103. D. ibid.

15) L. 35. §. 1. D. 45. 1.

Giltigkeit der Stipulation nur nach dem Zeitpunkte zu beurtheilen iſt, wo die Pönalſtipulation eingegangen wird [16]). Als Beiſpiele ſolcher, in dem Rechte des Staates verbotenen Handlungen wird der Verkauf einer res sacra, religiosa oder publica oder eines freien Mannes, die Heurath der eignen Schweſter u. ſ. w. in den römiſchen Rechtsquellen bezeichnet. Mit dem Geſagten hängt es ferner zuſammen, daß die Conventionalſtrafe als Beſtärkungsmittel des Verſprechens erſcheint, ohne Unterſchied, ob der Gegenſtand deſſelben die Eigenthumsübertragung oder die Vornahme irgend einer anderen Handlung iſt [17]). Jedenfalls bleibt die Hauptobligation, welcher die Conventionalſtrafe hinzugefügt wird, neben der Nebenobligation, welche die Conventionalſtrafe enthält, noch fortbeſtehen, was man am deutlichſten daraus ſieht, daß im Fall der Nichterfüllung des Verſprechens der Verletzte die Wahl hat, ob er die aus dem Hauptcontracte entſtehende Contractsklage oder die auf die Conventionalſtrafe gerichtete actio ex stipulatu anſtellen wolle [18]), und daraus, daß er in einigen Fällen auch beide Klagen nach einander anſtellen kann [19]). Auch erklärt es ſich nur aus dieſem Geſichtspunkte, wenn in den römiſchen Rechtsquellen berichtet wird, daß, wenn die Conventionalſtrafe zu einem ſimplen Vertrage (pactum nudum) hinzutritt, die aus dem letzteren herſtammende pacti exceptio mit der aus der Pönalſtipulation entſtehenden Forderung concurrirt [20]), und daß die Hauptobligation, welcher die Conventionalſtrafe hinzugefügt wird, auch dann noch fortbeſteht, wenn die Pönalſtipulation eine unmögliche Leiſtung enthält und aus dieſem Grunde für nicht hinzugefügt betrachtet wird [21]). Am wichtigſten wird die Conventionalſtrafe bei ſolchen Verträgen, welche aus äußeren Gründen unwirkſam ſind, da hier die Hinzufügung der Conventionalſtrafe als einziges Mittel erſcheint, um dergleichen Verträge aufrecht zu erhalten. Dieß iſt der Fall, wenn ſich Jemand für einen Dritten etwas verſprechen läßt [22]), und wenn bei dem Compromiß [23]) und bei anderen Stipulationen [24]) gar kein Intereſſe des Stipulanten erweislich iſt. Auch verlangten die älteren Juriſten, wie Labeo, bei Eingehung von Obligationen, deren Gegenſtand ein incertum im römiſchen Sinne iſt, jedenfalls die

---

16) L. 137. §. 6. D. 45. 1.

17) §. 7. J. de verborum obligatione. (3. 16.) §. 19. J. de inutilibus stipulat. (3. 19.) Vgl. Pothier l. c. tom. III. p. 214.

18) L. 122. §. 2. D. 45. 1. L. 71. pr. D. pro socio (17. 2.), vergl. mit L. 28. D. de actionibus empti. (19. 1.)

19) L. 28. D. 19. 1.

20) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 12. §. 2. D. de pactis dotalibus. (23. 4.)

21) L. 126. §. 3. D. 45. 1. L. 97. pr. D. ibid.

22) §. 19. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 19.) Scholiastes Theophili, ed. Reitz. tom. II. p. 657. L. 48. §. 5. D. de solutionibus et liberationibus. (46. 3.) L. 38. §. 17. D. 45. 1. L. 11. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.)

23) L. 38. D. de receptis. (4. 8.) L. 42. D. ibid. L. 1. C. de receptis arbitris. (2. 56.)

24) L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocatus. (2. 5.) §. 19. J. 3. 19. §. 7. J. 3. 16.

Hinzufügung einer Conventionalſtrafe[25]), und ſelbſt ſpäterhin, als dergleichen Obligationen klagbar geworden waren, hat Kaiſer Juſtinian es nicht verabſäumt, die, welche eine Handlung außer der Eigenthumsübertragung durch Stipulation ſich verſprechen laſſen, zur Hinzufügung einer Conventionalſtrafe zu veranlaſſen, damit ſie des läſtigen Beweiſes des Intereſſes überhoben würden[26]). — Die Wirkungen der Conventionalſtrafe anlangend, ſo erklären ſie ſich einfach aus dem bisher Geſagten. Das Rechtsmittel, womit die Conventionalſtrafe eingetrieben wird, iſt die actio ex stipulatu[27]), an deren Stelle im heutigen Rechte, falls ein ſimpler Vertrag vorliegt, die condictio ex moribus tritt. Es wird freilich dabei immer vorausgeſetzt, daß die Conventionalſtrafe nicht eher eingetrieben werde, als bis ſie in der That fällig geworden (si commissa est stipulatio). Als fällig wird ſie aber in der Regel dann betrachtet, wenn gegen das Verſprechen gehandelt worden[28]). Iſt die verſprochene Handlung eine ſolche, welche aus mehreren Theilen beſteht oder in mehrere Theile zerlegt werden kann, ſo wird ſie nichts deſto weniger in Betreff der Conventionalſtrafe für ein unzertrennliches Ganze angeſehen, und die nur theilweiſe Erfüllung derſelben hindert keineswegs die Fälligkeit der ganzen Straffumme[29]). In Betreff der Erben des Promittenten, auf welche die Verbindlichkeit, die von ihrem Erblaſſer verſprochene Handlung zu erfüllen, übergeht, iſt jedenfalls zu unterſcheiden, ob die Handlung theilbar oder untheilbar iſt. Im zuerſt genannten Falle wird die verſprochene Conventionalſtrafe, wenn nur einer von den Miterben gegen das Verſprechen handelt, nur theilweiſe fällig und zwar nach dem Verhältniſſe ſeines Erbantheiles und die anderen Miterben ſind nicht zu Entrichtung der Conventionalſtrafe verpflichtet[30]). Im zuletzt genannten Falle wird die Conventionalſtrafe in ungetrennter Summe fällig, und alle Erben des Promiſſors, freilich jeder nur nach dem Verhältniſſe ſeines Erbantheiles, zur Entrichtung derſelben an den Stipulator verpflichtet, ſelbſt dann, wenn nur ein einziger von den Miterben gegen das Verſprechen gehandelt hat; doch ſteht es den Miterben, welche an der Nichterfüllung deſſelben keine Schuld haben, frei, an den, welcher daran Schuld iſt, der Entſchädigung halber ihren Regreß zu nehmen[31]). Die Theilbarkeit und Untheilbarkeit ſolcher Handlungen iſt ganz nach den Grundſätzen, welche von der Theilbarkeit der Stipulation gelten, zu beurtheilen. Iſt dem Verſprechen ein beſtimmter Termin hinzugefügt, vor deſſen Ab-

---

25) L. 137. §. 7. D. 45. 1., vergl. mit L. 71. D. ibid. u. L. 46. §. 8. D. ratam rem haberi et de ratihabit. (46. 8.) Vgl. Zimmern, der römiſche Civilprozeß, §. 62, Note 8, S. 183.

26) §. 7. J. 3. 15. Vgl. L. 3. D. si quis in ius vocatus. (2. 3.) L 68. D. 45. 1. L. 81. pr. D. ibid.

27) L. 28. pr. D. 19. 1. L. 41. D. 17. 2. L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 12. §. 2. D. 23. 4.

28) L. 122. §. 6. D. 45. 1.

29) L. 5. §. 4. D. 45. 1. L. 85. §. 6. D. ibid.

30) L. 4. §. 1. D. 45. 1.

31) L. 4. §. 1. D. 45. 1. L. 85. §. 3. D. ibid.

lauf die verſprochene Handlung vorgenommen werden ſoll, ſo wird die Conventionalſtrafe ſchon von dem Zeitpunkte an für geſchuldet angeſehen, an welchem es gewiß wird, daß die verſprochene Handlung innerhalb der angegebenen Zeitfriſt nicht vorgenommen oder vollendet werden könne, und es macht dabei keinen Unterſchied, ob die gegebene Zeitfriſt vor Ablauf des Termins verlängert worden iſt oder nicht, und ob dieſe Prolongation auf Anſuchen des Promittenten oder freiwillig von Seiten des Stipulators geſchehen iſt[32]). Auch wirkt der dem Verſprechen hinzugefügte Endtermin ſo entſcheidend auf die Fälligkeit der Conventionalſtrafe ein, daß ſchon ſein Ablauf ohne weitere Mahnung von Seiten des Stipulators hinreicht, um die verſprochene Handlung als unmöglich darzuſtellen[33]). Iſt endlich kein Termin hinzugefügt, ſo kann die verſprochene Handlung bis zur Litisconteſtation der actio ex stipulatu immer noch mit Erfolg vorgenommen werden; von dieſem Zeitpunkte an aber nicht mehr, da die Litisconteſtation nach römiſchen Anſichten eine Novation wirkt[34]). Auch kommt die Lehre von der mora solvendi ſo wenig in Bezug auf die Conventionalſtrafe in Betracht, daß es nicht einmal einer Mahnung bedarf, um die Fälligkeit derſelben herbeizuführen[35]). Anders verhält es ſich freilich mit der mora accipiendi, bei deren Eintritt von der Fälligkeit der Conventionalſtrafe nicht mehr die Rede ſein kann[36]). Was das Verhältniß der Conventionalſtrafe zum id, quod interest, anbelangt, ſo ſteht nicht zu bezweifeln, daß ſie gewiſſermaßen die Stelle des letzteren vertritt[37]), und es ſteht mithin dem Gläubiger die Wahl zu, ob er aus dem Hauptgeſchäfte auf das id, quod interest klagen, oder ob er mit der actio ex stipulatu die Conventionalſtrafe eintreiben wolle[38]). Auch dann, wenn gar kein Intereſſe erweislich iſt, oder daſſelbe die Höhe der Conventionalſtrafe nicht erreicht, kann die letztere unbezweifelt eingetrieben werden[39]), da man bei der Einklagung derſelben gar nicht darauf ſieht, ob der Kläger ein Intereſſe daran habe, daß die Obligation, deren Erfüllung durch die Hinzufügung der Conventionalſtrafe bezweckt wird, in der That erfüllt werde. Dagegen iſt es ein allgemeiner Grundſatz, daß durch die Eintreibung der Conventionalſtrafe die Forderung des Intereſſes erliſcht[40]), weil man es für unbillig hielt, zweimal dieſelbe Sache zu for-

---

32) L. 113. pr. D. 45. 1. L. 23. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

33) L. 77. D. 45. 1. L. 12. C. de contrah. et committ. stipulatione. (8. 48.)

34) L. 5. C. de contrah. et comm. stipulatione (8. 38.), vergl. mit L. 122. §. 2. D. 45. 1.

35) L. 23. D. 44. 7. L. 77. D. 45. 1.

36) L. 23. D. 44. 7.

37) L. 41. D. pro socio. (17. 2.) L. 28. D. de actionibus emti et venditi. (19. 1.)

38) L. 41. D. 17. 2. L. 28. D. 19. 1. L. 11. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.) L. 4. §. 7. D. de doli mali et metus except. (44. 4.) L. 10. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 14. C. de pactis. (2. 3.)

39) L. 11. D. 46. 5. L. 38. §. 17. D. 45. 1. L. 3. §. 1. D. ibid. §. 7. J. 3. 15. §. 19. J. 3. 19.

40) L. 4. §. 7. D. 44. 4. L. 41. D. 17. 2. L. 28. D. 19. 1. L. 10. §. 1. D. 2. 14.

dern, oder das, was dieſelbe vertritt[41]). Deshalb wurde die nachfolgende Klage auf das Intereſſe entweder ipso iure nicht mehr geſtattet[42]), oder auf dem Wege der Exception zurückgewieſen[43]). Nur dann, wenn das Intereſſe den Betrag der Conventionalſtrafe überſteigt, ließ man die Nachklage auf den Mehrbetrag zu[44]), und auch, wenn ausdrücklich von den Parteien feſtgeſetzt worden, daß die Intereſſeforderung neben der Conventionalſtrafe geltend gemacht werden könne, hat man keinen Anſtand genommen, dieſe Verabredung aufrecht zu erhalten[45]). Umgekehrt gilt es aber auch als allgemeine Regel, daß, wenn der Gläubiger das Intereſſe mit der aus dem Hauptgeſchäfte ſtammenden Klage bereits eingetrieben, er die Conventionalſtrafe nicht weiter fordern könne. Vielmehr kann der Schuldner ſofort auf feierliche Quittung der Pönalſtipulation klagen[46]), oder, wenn er aus der letzteren wirklich belangt wird, die Abweiſung der angebrachten Klage durch die Vorſchützung der doli mali exceptio erzwingen[47]).

Eine beſondere Art der Conventionalſtrafe iſt das ſogen. Reugeld (lateiniſch gewöhnlich multa poenitentialis genannt). Man verſteht darunter die Conventionalſtrafe, welche der zu bezahlen hat, welcher dem einmal abgeſchloſſenen Contracte unter dem Vorwande der Reue nicht Genüge leiſtet[48]). Ein ſolches Reugeld kann nicht allein in der Form der Stipulation, ſondern auch in der des pactum in continenti adiectum bedungen werden und beſteht eigentlich aus zwei ganz verſchiedenen Verträgen; erſtens aus der Verabredung, daß das einmal geſchloſſene Geſchäft wieder rückgängig gemacht werden ſolle, wenn der eine von den Contrahenten erklärt, daß er es bereue, daſſelbe abgeſchloſſen zu haben[49]); zweitens aus der Verabredung, daß derjenige von den Contrahenten, welcher von dem bedungenen Reurechte Gebrauch macht, eine beſtimmte Summe als Conventionalſtrafe erlegen ſolle[50]). Die Größe der letzteren hängt natürlich ganz von der Beſtimmung der Parteien ab; auch hat in Betreff dieſer das Reugeld nichts Ausgezeichnetes vor den anderen Conventionalſtrafen, und muß daher nach denſelben Grundſätzen, welche von den letzteren gelten, im Allgemeinen beurtheilt werden. Der erſte Theil des Vertrages hingegen, das Bedingniß des Reurechtes, bedarf noch einer ge-

41) L. 4. §. 7. D. 44. 4. L. 10. §. 1. D. 2. 14.
42) L. 28. D. 19. 1.
43) L. 4. §. 7. D. 44. 4.
44) L. 28. D. 19. 1., vergl. mit L. 41. D. 17. 2.
45) L. 115. §. 2. D. 45. 1.
46) L. 10. §. 1. D. 2. 14.
47) L. 28. D. 19. 1.
48) Vgl. Bach, opuscula p. 387.
49) Daß es zu dieſem Zwecke beim Kaufe, wo das Reugeld am häufigſten vorkommt, eines beſonderen Vertrages bedürfe, beweiſen außer der Natur des Kaufcontractes beſonders L. 3. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 31. §. 22. D. de aedilicio edicto. (2. 1.) L. 6. D. de rescind. emt. vend. (18. 5.) L. 4. C. de aediliciis actionibus. (4. 58.)
50) Dieſe Beſtandtheile der multa poenitentialis hat Bach, l. c. p. 387—390, leider nur zu wenig geſondert.

naueren Erläuterung. Was zunächſt die Einwirkung dieſes Bedingniſſes auf den Hauptcontract anbetrifft, ſo ſtellt ſich daſſelbe als deſſen Reſolutivbedingung heraus[51]), und iſt mithin nach den Grundſätzen zu beurtheilen, welche von dieſer Gattung der Bedingung gelten. Die Zeit anlangend, binnen welcher das Reurecht ausgeübt werden darf, ſo kommen natürlich zunächſt die vertragsmäßigen Beſtimmungen in Betracht. Iſt alſo eine beſtimmte Zeitfriſt für die Ausübung des Reurechtes feſtgeſetzt, ſo iſt dieſe einzig und allein in Obacht zu nehmen, und wenn beſtimmt worden, daß das Reurecht ſtets (in perpetuum) ausgeübt werden könne, ſo iſt auch in dieſer Beziehung der Vertrag aufrecht zu halten[52]). Iſt in Betreff der Zeitfriſt gar nichts vertragsweiſe feſtgeſetzt, ſo wird von den neueren Juriſten nach Analogie der actio redhibitoria angenommen, daß das Reurecht nur innerhalb eines Zeitraums von ſechzig Tagen, welche als utiles dies berechnet werden, ausgeübt werden könne, wenn ſchon die Stelle der Pandekten, auf welche man dieſe Theorie baut, nicht ſowohl von dem Reuvertrage (si displicuisset), als vielmehr von dem Falle ſpricht, wenn der Kauf der Verabredung zu Folge erſt dann als unwiderruflich angeſehen werden ſolle, wenn der Käufer erklärt, daß ihm die gekaufte Sache gefalle[53]). Unter den neueren Rechtsgelehrten iſt es ſtreitig, ob im Falle des Reukaufes und der Uebung des daraus ſich herſchreibenden Reurechtes, der alte Contract in Wirkſamkeit bleibe oder nicht[54]); doch ſcheint aus dem Geſagten mit Gewißheit hervorzugehen, daß derſelbe, wie durch den Eintritt einer Reſolutivbedingung, aufgelöſt werde, und dieß beſtätigt ſich auch durch die Klagen, welche zur Uebung des Reurechtes angeſtellt werden können. Es iſt dieß entweder die actio emti oder venditi[55]), oder eine dieſen Contractsklagen nachgebildete in factum actio[56]), oder die actio redhibitoria[57]). Daß es indeß in den Fällen des Reukaufes zur Eintreibung der Conventionalſtrafe nicht gerade der Anſtellung einer ſolchen Klage bedürfe, verſteht ſich von ſelbſt, da die bloße Erklärung der Partei, daß ſie den Kauf aufgehoben wiſſen wolle, als zur Fälligkeit der Conventionalſtrafe hinreichend betrachtet werden muß.

Heimbach.

Corporationen[1]). Das Recht der Corporationen iſt ein inneres und ein äußeres. Jenes bezieht ſich auf ihre Verfaſſung, dieſes auf ihre rechtliche Stellung nach Außen, auf ihre Perſönlichkeit. Wir

---

51) L. 3. D. 18. 1. Dagegen gilt es als Suspenſivbedingung des Kaufvertrags, wenn verabredet wird, daß derſelbe erſt dann giltig ſein ſolle, wenn ſich der Käufer binnen einer beſtimmten Zeit erklärt, daß er mit dem Handel zufrieden ſei. §. 3. J. de empt. vend. (3. 24.)

52) L. 31. §. 22. D. 21. 1. L. 4. C. 4. 58.

53) L. 31. §. 22. D. 21. 1.

54) Vgl. Bach l. c. §. 4. p. 390—394.

55) L. 6. D. 18. 5.

56) L. 6. D. 18. 5. L. 31. §. 22. D. 21. 1.

57) L. 31. §. 22. D. 21. 1. L. 4. C. 4. 58.

1) Vergl. über die Corporationen bei den Römern: Heineccius, de collegiis et corporibus opificum cap. 1. (Opp. II. 9.) J. L. H. de Wassenaer, ad tit. de collegiis et corporib. 1740. (Fellenberg iurispr. an-

haben es hier nur mit dem letzteren zu thun, alſo mit den Corporationen als juriſtiſchen Perſonen. Und auch in dieſer Hinſicht beſchränken wir uns auf die Civilrechtsfähigkeit, wir überlaſſen es anderen Artikeln, die Stellung der Corporationen im Staate und in der Kirche zu behandeln. Wenn wir ſo auf der einen Seite den Gegenſtand unſerer Betrachtung beſchränkt haben, ſo iſt es auf der anderen Seite nothwendig, ihn zu erweitern. Die Corporationen ſind eine Art der juriſtiſchen Perſonen; ihre civilrechtliche Stellung kann nicht befriedigend beſtimmt werden, ohne auf die allgemeine Lehre von den juriſtiſchen Perſonen zurückzugehen. Dieß iſt um ſo nothwendiger, als dieſe allgemeinen Grundſätze nicht ſo bekannt und unbeſtritten ſind, daß man ſich ohne näheres Eingehen in dieſelben auf ſie berufen könnte, es iſt aber auch um ſo weniger bedenklich, den allgemeinen Theil der Lehre in dieſem Artikel mitzunehmen, als die Corporationen, von denen wir zunächſt zu handeln haben, eine der wichtigſten Arten der juriſtiſchen Perſonen, man darf vielleicht ſagen, die wichtigſte ſind.

Der natürlichen Betrachtung nach iſt nur der Menſch Perſon, rechtsfähig, Subject von Rechten. Die Perſönlichkeit iſt hier an ein Subject geknüpft, welches ein natürliches Daſein, ein Daſein auch außer dem Recht hat, an das menſchliche Individuum, mit deſſen Entſtehung die Perſon entſteht, mit deſſen Aufhebung ſie aufhört. Perſon iſt der Menſch nur durch das Recht, aber das Subject der Perſönlichkeit iſt nichts Juriſtiſches, ſondern etwas Natürliches, und darum heißt der Menſch natürliche (phyſiſche) Perſon. Das Recht iſt aber dabei nicht ſtehen geblieben. Umſtände verſchiedener Art haben gefordert, noch anderen Subjecten, außer dem Menſchen, Rechte zuzuſchreiben, und ſie damit als Perſonen anzuerkennen. Solche Perſönlichkeiten ſind als Ausnahme von der Regel zu betrachten, ihr Kreis darf nicht willkürlich erweitert werden. An ſich laſſen ſich Subjecte der verſchiedenſten Art für dieſe Ausdehnung der Perſönlichkeit denken, in unſerem Rechte aber beſteht eine entſchiedene Schranke, über die hinaus die Ausdehnung für ſchlechthin unſtatthaft betrachtet werden muß. Das Recht iſt nämlich nie ſo weit gegangen, körperlichen Dingen außer dem Menſchen die Perſönlichkeit beizulegen, alſo ſie dem Menſchen gleichzuſtellen, und in der That iſt dieſes eine ſittliche Unmöglichkeit. Die Zumuthung, lebloſe Körper oder Thiere als Perſonen, alſo als unſeres Gleichen anzuerkennen, wäre höchſtens unter ſolchen Nationen denkbar, welche körperliche Dinge, nicht blos als Bilder von Göttern, ſondern als Götter ſelbſt betrachten, und ſie dadurch nicht allein den Menſchen gleich, ſondern ſogar über die Menſchen ſtellen. Es ſind daher nur unſichtbare Dinge, nur Begriffe, als weitere Subjecte einer Perſön=

---

tiqua I. 7.) H. E. Dirkſen, hiſtoriſche Bemerkungen über den Zuſtand der juriſtiſchen Perſonen nach römiſchem Rechte (civiliſt. Abhandl. II. 1.). Sodann über einzelne Fragen dieſer Lehre: Gaudlitz, de finibus inter ius singulorum et universitatis regundis 1804. (Haubold, opuscula II. p. 547 sq.) C. S. Zachariae, liber quaest. I. 10. Marezoll, über L. 3. pr. D. 47. 22., in Grolman's und Löhr's Magazin IV. S. 207—212.

lichkeit behandelt worden, deren beziehungsweiſe Gleichſtellung mit dem Menſchen nichts das ſittliche Gefühl Verletzendes hat. Bei dieſen Perſonen iſt alſo nicht blos die Perſönlichkeit ſelbſt, ſondern auch das Subject derſelben durch das Recht gegeben, auch das Subject ſelbſt hat kein natürliches Daſein, und darum werden dieſe Perſonen, im Gegenſatze gegen die natürlichen, juriſtiſche Perſonen genannt. Sonſt war der Name: moraliſche Perſonen üblich, der ſich aus einer Zeit herſchreibt, wo man mit dieſem Beiworte überhaupt das Unſichtbare, über die äußeren Sinne Hinausliegende, bezeichnete; auf derſelben Veranlaſſung beruht der Ausdruck: myſtiſche Perſonen. Auch fictae personae heißen ſie, eine Bezeichnung, die ihrem Charakter nicht unangemeſſen iſt, wie auch die römiſchen Juriſten von den Gütern einer juriſtiſchen Perſon ſagen: nullius in bonis sunt, aber ipsius universitatis esse creduntur[2]).

Zur Entſtehung einer Perſon, und ſomit auch einer juriſtiſchen, gehört Zweierlei: einmal die Exiſtenz des Subjectes, welches die Unterlage der Perſönlichkeit iſt, ſodann eine rechtliche Vorſchrift, welche dem Subject die Perſönlichkeit beilegt. Jene Unterlage iſt bei der natürlichen Perſönlichkeit das menſchliche Individuum, die Vorausſetzung der Perſon iſt alſo mit der vollkommenen Exiſtenz deſſelben, mit der Geburt, vorhanden, bei juriſtiſchen Perſonen iſt es der Rechtsbegriff, mit dem ſich die Perſönlichkeit verknüpft. Hierdurch unterſcheiden ſich die einzelnen Arten der juriſtiſchen Perſonen. Sie zerfallen in zwei Claſſen. Das Subject, an welches die Perſönlichkeit geknüpft iſt, iſt entweder eine Verbindung von natürlichen Perſonen, oder ein Vermögen, welches ohne ein ſichtbares Subject exiſtiren ſoll, alſo, da ein Vermögen nicht ohne ein berechtigtes Subject gedacht werden kann, einem unſichtbaren, ihm ſelbſt innewohnenden zugeſchrieben wird. Zu dieſer zweiten Claſſe gehört die Erbſchaft, ſoweit die Perſönlichkeit des Erblaſſers noch in ihr fortdauernd gedacht wird, und das pium corpus (pia causa, milde Stiftung), von denen in beſonderen Artikeln gehandelt werden wird. Die juriſtiſchen Perſonen der erſten Claſſe, bei denen die Perſönlichkeit an die Idee der Vereinigung natürlicher Perſonen, an die Geſammtheit, welche ſie bilden, gebunden iſt, heißen universitates personarum, Corporationen, Gemeinheiten.

Die rechtliche Vorſchrift, wodurch das Subject, ſeine Exiſtenz vorausgeſetzt, Perſon wird, iſt bei der natürlichen Perſon die Rechtsregel, daß der Menſch Perſon ſei, welche für unſer heutiges Recht keine Ausnahme hat. Gleicherweiſe beſteht für gewiſſe juriſtiſche Perſonen ein allgemeiner Rechtsſatz, daß gewiſſe Dinge unter gewiſſen Vorausſetzungen als Perſonen behandelt werden ſollen, ſo daß alſo hier, wie bei den natürlichen Perſonen, die Perſon mit der Exiſtenz jener Unterlage entſteht. In gewiſſen Fällen aber iſt es bedenklich oder unmöglich, die Vorausſetzungen, unter welchen eine juriſtiſche Perſon exiſtiren ſoll, durch allgemeine Regeln zu beſtimmen; die Bekleidung des Subjectes mit der Perſönlichkeit wird nicht für unſtatthaft erklärt, aber ſie wird dem jedesmaligen discretionären

2) L. 1. pr. D. de div. rer. (1. 8.)

Ermeſſen der Staatsregierung vorbehalten. Hier iſt es dann nicht ein Rechtsſatz, ſondern eine Vorſchrift für dieſen einzelnen Fall, eine personalis constitutio, quae ad exemplum non trahitur, eine beſondere Conceſſion des Regenten, wodurch die Perſon entſteht. Immer alſo iſt es eine rechtliche Vorſchrift, durch welche die Perſönlichkeit ertheilt wird, aber dieſe iſt entweder eine allgemeine, für alle Fälle einer gewiſſen Beſchaffenheit, oder eine ſpecielle, blos für dieſen beſonderen Fall gegebene. Es muß ſchon hier erwähnt werden, daß es Juriſten gibt, die den letzten Fall für den natürlichen zu halten ſcheinen, und daher geneigt ſind, im Zweifel ſtets eine beſondere Conceſſion zur Entſtehung der juriſtiſchen Perſon zu fordern. Dieß iſt eben ſo wenig richtig, als wenn Jemand ſich vorſtellte, bei der Entſtehung einer natürlichen Perſon ſei es eigentlich das Naturgemäße, daß bei jedem neuen Menſchen die Geburt erſt angezeigt und eine obrigkeitliche Declaration ſeiner als Perſon nachgeſucht werde. Als Regel iſt vielmehr zu betrachten, daß die Entſtehung der juriſtiſchen Perſonen derjenigen der natürlichen analog iſt, wonach das Erforderniß einer beſonderen Conceſſion als die Ausnahme erſcheint. Bei welchen juriſtiſchen Perſonen dieſe Ausnahme eintritt, wird unten zur Sprache kommen.

Das Allgemeine über die Stellung der juriſtiſchen Perſonen im Rechte iſt folgendes. In der Erhebung eines Subjectes zur juriſtiſchen Perſon liegt überhaupt dieſes, daß es als Subject von Rechtsverhältniſſen und inſonderheit von Privatrechtsverhältniſſen, wovon hier allein die Rede iſt, gedacht werden ſoll. Dieß iſt ſo unumgänglich, daß ohne dieſe Folge keine juriſtiſche Perſon exiſtirt. Damit iſt natürlich nicht geſagt, daß juriſtiſche Perſonen aller der Rechtsverhältniſſe fähig ſeien, in welchen natürliche ſtehen können. Von manchen Rechten ſind juriſtiſche Perſonen der Natur der Sache nach ausgeſchloſſen, weil dieſelben nur bei einem Subjecte, welches ein natürliches Daſein hat, insbeſondere bei einem menſchlichen Individuum gedacht werden können. Dahin gehören alle Familienrechtsverhältniſſe, deren alſo keine juriſtiſche Perſon, welchen Umfang auch ſonſt ihre Rechtsfähigkeit haben möge, fähig iſt. Wenn man daher z. B. von der Adoption eines Findlings durch eine Stadt geſprochen hat, ſo kann dieſer Redensart eben ſo wenig die juriſtiſche Bedeutung eines elterlichen Verhältniſſes beigelegt werden, als der Vermählung der Republik Venedig mit dem Meere die einer Ehe. Aber auch unter den Vermögensverhältniſſen gibt es manche, welche (auch abgeſehen von denen, die mit den Familienrechten in weſentlicher Verbindung ſtehen, wie die ehelichen Güterrechte, der Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen, das Inteſtaterbrecht, welches ſich auf Verwandtſchaft oder Ehe gründet) ihrem eigenthümlichen Charakter nach eine natürliche Perſon vorausſetzen, und die nur etwa durch beſondere Vorſchrift und juriſtiſche Fiction den juriſtiſchen Perſonen anbequemt werden können. So würde es der Beſtimmung des Uſusfructus widerſprechen, ihn einer juriſtiſchen Perſon zuzugeſtehen, wo er vielleicht für immer von der Proprietät getrennt wäre, aber er iſt zugelaſſen worden mit der Beſchränkung auf die Dauer von hundert Jahren, nach deren Ablauf die Wirkung des Todes

einer natürlichen Perſon eintreten ſoll[3]). — Die Folge der Perſönlichkeit iſt oben als Stellung in Rechtsverhältniſſen beſtimmt worden. Ein weiterer Schritt iſt es ſchon, einem Subjecte nicht blos gegenwärtige Rechte und Verbindlichkeiten, ſondern auch die Fähigkeit eines künftigen Eintritts in dieſelben, alſo eines Eingreifens in den rechtlichen Verkehr beizulegen. Es gibt juriſtiſche Perſonen, welche nur zu dem Behufe angenommen werden, um ein Subject für ein beſtehendes Vermögen zu haben, wie dieß bei der in einer Erbſchaft vorausgeſetzten Perſönlichkeit der Fall iſt; andere dagegen, die nicht blos für einen ſolchen vorübergehenden Zweck erdacht werden, treten in die Reihe der Perſonen auf eine dauerndere und mit einer für den rechtlichen Verkehr bedeutenderen Stellung ein; es handelt ſich bei ihnen nicht blos um ein Subject für ein gegenwärtiges Vermögen, welches nur durch ſie hindurch und auf eine andere Perſon überzugehen, ſondern das bei ihnen zu bleiben, und in ihrer Perſon ſich zu vermehren, zu vermindern, zu verändern, ein Mittel des rechtlichen Verkehrs zu werden beſtimmt iſt. Es verſteht ſich, daß beſonders bei dieſen juriſtiſchen Perſonen, welche man denn auch bei dieſem Ausdrucke vorzugsweiſe im Sinne hat, die Frage nach dem Umfang ihrer Rechtsfähigkeit entſteht. Die Möglichkeit, in Rechtsverhältniſſen zu ſtehen, enthält auch die Möglichkeit, in ſolche zu treten, alſo Rechte zu erwerben und aufzugeben, Verbindlichkeiten zu übernehmen, ſoweit die Vorausſetzungen dazu in juriſtiſchen Perſonen ſich finden. Man hat den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit dadurch näher zu beſtimmen geſucht, daß man eine Eintheilung der rechtlichen Befugniſſe in ſogen. **iura originaria**, welche den Perſonen an ſich und ohne beſondere Conceſſion oder Privilegium zuſtehen, und ſogen. **iura adventitia**, die eine Perſon nur durch eine beſondere Conceſſion erhalten kann, gemacht hat[4]). Wenn man aber jene ſogen. originären Rechte ohne Weiteres auch den juriſtiſchen Perſonen, oder wenigſtens den Gemeinheiten (denn dieſe werden hier gewöhnlich beſonders hervorgehoben), zuſpricht, ſo verfällt man entweder in den Irrthum, die Rechtsfähigkeit derſelben mit der der natürlichen Perſonen für vollkommen identiſch zu halten, oder, wenn man einſieht, daß der Umfang beider der Natur der Sache nach nicht derſelbe iſt, hat man mit jener Unterſcheidung für die Beſtimmung ihres Umfanges bei den juriſtiſchen Perſonen eigentlich nichts gewonnen. Uebrigens iſt auch jene Eintheilung der Befugniſſe ſelbſt weit entfernt, eine ſichere und gewiſſe zu ſein; vielmehr iſt bei einzelnen Befugniſſen gerade dieſer Umſtand beſtritten, ob ſie zu der einen oder zu der anderen Claſſe zu zählen ſind. Es iſt alſo mit jener Claſſification für unſere Frage wenig, und namentlich für den Unterſchied zwiſchen juriſtiſchen und natürlichen Perſonen in Abſicht auf den Umfang der Rechtsfähigkeit nichts geſagt.

Der Umfang der Rechtsfähigkeit juriſtiſcher Perſonen iſt vielmehr im Allgemeinen nach folgenden Grundſätzen zu beſtimmen. Nach Ausſcheidung der Familienrechte, von welchen, wie bemerkt, bei juriſtiſchen

3) L. 56. D. de usufr. (7. 1.)
4) Mühlenbruch, Lehrb. d. P.-R. §. 197.

Perſonen nicht die Rede ſein kann, überhaupt der Rechtsverhältniſſe, die ihrer Natur nach eine natürliche Perſon vorausſetzen, wird ſich ihre Rechtsfähigkeit nach dem Zwecke richten, um deſſen willen die Exiſtenz einer juriſtiſchen Perſönlichkeit angenommen wird; die Rechtsfähigkeit wird den Umfang haben, den ſie haben muß, um dieſen Zweck vollſtändig zu erreichen, ſoweit nicht eine beſondere Beſchränkung nachzuweiſen iſt. Inſoweit alſo nehmen die juriſtiſchen Perſonen an dem ius commune Theil, auch das ius singulare, zunächſt für natürliche Perſonen eingeführt, iſt unter jener Vorausſetzung auf ſie anzuwenden, ſofern die Erforderniſſe deſſelben bei ihnen ſich vorfinden [5]), manche von ihnen haben ihr beſonderes ius singulare; was endlich Rechte betrifft, welche zu den Privilegien im engeren Sinne gehören, ſo ſetzen dieſe natürlich bei einer juriſtiſchen wie bei einer natürlichen Perſon eine beſondere Erwerbung voraus. Eine eigenthümliche Beſchränkung enthält das römiſche Recht in Beziehung auf die teſtamentariſche Erbfähigkeit. Keine juriſtiſche Perſon konnte urſprünglich zu Erben eingeſetzt oder ihr ein Legat hinterlaſſen werden. Fideicommiſſe waren dieſer Beſchränkung wenigſtens urſprünglich nicht unterworfen. Gewiſſen juriſtiſchen Perſonen wurde ausnahmsweiſe jene Fähigkeit entweder überhaupt, oder für die Erbſchaften gewiſſer Perſonen gegeben [6]). Dieſe Ausnahmen wurden allmälig vermehrt, und ſie ſind im Juſtinianiſchen Rechte ſehr beträchtlich, indeſſen liegt auch dieſem noch die Regel zu Grunde, daß juriſtiſche Perſonen erbunfähig ſind, ſoweit nicht die Erbfähigkeit gewiſſen Claſſen derſelben durch einen allgemeinen Rechtsſatz, oder einzelnen durch eine beſondere Conceſſion gegeben iſt. Für welche jenes im Juſtinianiſchen Rechte geſchehen iſt, wird bei den einzelnen Arten anzugeben ſein.

Eine eigenthümliche Stellung im Rechte erhalten aber endlich die juriſtiſchen Perſonen dadurch, daß ſie, weil die Perſönlichkeit bei ihnen an ein Subject, welches kein natürliches Daſein hat, geknüpft iſt, keines Willens und keiner Aeußerung deſſelben, alſo keiner Handlung fähig ſind. Handlungen können nur von einem menſchlichen Individuum ausgehen, juriſtiſche Perſonen ſind aber keine ſolchen, auch die nicht, welche aus einem Ganzen von Menſchen beſtehen. Handlungen, von allen Gliedern einer Corporation übereinſtimmend vorgenommen, wären immer nur Handlungen dieſer Einzelnen, nicht der Corporation. Nun würde aber ohne die Möglichkeit zu handeln, die rechtliche Exiſtenz der juriſtiſchen Perſonen, namentlich der zu einem dauernden Daſein beſtimmten, eine höchſt unvollkommene ſein. Der Eintritt in die Rechtsverhältniſſe geſchieht in den meiſten und wichtigſten Fällen durch Handlungen; wie geringen Effect würde die Perſönlichkeit einer Corporation, einer milden Stiftung haben ohne die Möglichkeit eines Beſitzerwerbes, eines Vertrages, überhaupt einer Willenserklärung? Den juriſtiſchen Perſonen, bei denen dieſes Bedürfniß eintritt, ein actives rechtliches Daſein zu verſchaffen, dient die

5) Quod edictum (cum absens non defenderetur) etiam ad — civitates pertinere Labeo ait. L. 22. §. 2. D. ex quib. caus. mai. (4. 6.)

6) Ulpian. fragm. XXII. 5. 6.

Möglichkeit von Handlungen durch Stellvertreter. Allerdings iſt regelmäßig bei ſolchen Handlungen doch auch der Wille des Repräſentirten erforderlich, deſſen Ausführung der Repräſentant übernimmt, daher wäre an ſich nicht einmal dieſer Ausweg bei juriſtiſchen Perſonen möglich; aber wie bei natürlichen Perſonen, die handlungsunfähig ſind, eine Repräſentation gegen jene Regel zugelaſſen worden iſt, ſo iſt dieß auch auf juriſtiſche Perſonen erſtreckt worden (ſ. z. B. den Art. Beſitz, §. 12). Die Repräſentation, die hier nicht blos auf die Ausführung, ſondern auch auf den Willen ſelbſt geht, beruht auf der Fiction, daß was gewiſſe Perſonen beſchließen und thun, als Wille und Handlung der juriſtiſchen Perſon betrachtet wird. Die primären Repräſentanten einer ſolchen Perſon ſind theils die Glieder derſelben überhaupt, deren verfaſſungsmäßiger Beſchluß als der Wille des Ganzen gilt, — dieſe Repräſentation beſchränkt ſich auf die juriſtiſchen Perſonen, welche aus einer Mehrheit von natürlichen beſtehen, — theils die Vorſteher, Beamten oder Verwalter, ſoweit dieſe Vertretung in ihrem Berufe und ihrer Vollmacht liegt, — dieſe Repräſentation iſt bei allen Arten denkbar. Die Ausführung des Willens aber kann theils durch dieſelben, theils durch andere, ſecundäre Repräſentanten geſchehen, welchen dieſe Vertretung entweder für eine ganze Claſſe von Fällen, ſo daß ſie ebenfalls ſtändige Repräſentanten ſind, oder blos für dieſen einzelnen Fall, als Procuratoren, übertragen ſein kann. — Bei dieſer, auf dieſem Wege eingeführten Handlungsfähigkeit der juriſtiſchen Perſonen darf man nie vergeſſen, daß ſie auf der Fiction eines Willens beruht. Wo daher bei einer Handlung ihrer Natur nach ſchlechterdings ein wirklicher Wille vorausgeſetzt wird, da iſt eine juriſtiſche Perſon derſelben nicht fähig. Dieß gilt namentlich von Delicten. Der höchſt unfruchtbare Streit, den man darüber geführt hat, löſt ſich dadurch, daß jene Perſonen nur einen fingirten Willen haben, daß es aber eine Abſurdität wäre, ihnen für ein Delict, gleich als wenn dieß eine wünſchenswerthe und für den rechtlichen Verkehr unumgängliche Sache wäre, einen Willen zu fingiren[7]). Eine ganz andere Frage iſt, inwiefern ſie aus den unerlaubten Handlungen ihrer Repräſentanten, welcher dieſe bei der Ausübung ihrer Functionen ſich ſchuldig gemacht haben, in Anſpruch genommen werden können, inwiefern der Staat, die Commune u. ſ. f. für ihre Beamten haftet? Hier handelt es ſich nicht um ein Delict der juriſtiſchen Perſon, welches die Klage gegen ſie begründete. Ferner können natürliche Perſonen in Beziehung auf ihre Theilnahme an einer Corporation beſtraft werden; darum daß die Strafe hier zugleich das Ganze mit betrifft, fällt ſie doch nicht unter den Begriff einer Beſtrafung der Univerſitas ſelbſt. So iſt dieß der Fall, wenn Jemand in Folge einer peinlichen Strafe des Bürgerrechtes beraubt wird; jene Bedeutung hatten auch Excommunica-

---

7) Daß ſie keines Dolus fähig ſind, ſagt zum Ueberfluß L. 15. §. 1. D. de dolo malo. (4. 3.) Wenn nach L. 9. §. 1. D. quod metus (4. 2.) die actio quod metus causa ſtattfindet, die Gewalt mag von Einem oder von Mehreren, auch von allen Gliedern einer Corporation ausgegangen ſein, ſo wird dabei mit keinem Worte angedeutet, daß in dem letzten Falle die Klage gegen die Corporation ſelbſt angeſtellt werden könne.

tion und Bann, die über Städte ausgeſprochen wurden[8]), und aus demſelben Geſichtspunkte iſt die Vermögensſtrafe zu betrachten, welche in einem Geſetz, das oft für die Möglichkeit des Delicts einer juriſtiſchen Perſon allegirt worden iſt, auf das Gemeindevermögen gelegt wird[9]). — Endlich, da juriſtiſche Perſonen nur durch Stellvertreter handeln können, ſind ſie von den Handlungen ausgeſchloſſen, welche überall keine Repräſentanten zulaſſen. Daher könnten ſie eigentlich kein Erbrecht erwerben, ſchon die römiſchen Juriſten haben für die bonorum possessio eine Ausnahme gemacht, und im neueſten Rechte iſt ihnen, ſoweit ſie die Erbfähigkeit beſitzen, auch die Erwerbung der hereditas nachgelaſſen.

Der letzte allgemeine, hier zu erörternde Punkt iſt die Aufhebung der juriſtiſchen Perſonen. Eine juriſtiſche Perſon wird aufgehoben, wenn eine ihrer Vorausſetzungen wegfällt; dieß ergibt ſich aus der Natur der Sache, und iſt auch der Analogie von den natürlichen Perſonen gemäß. Es ſind aber zwei Vorausſetzungen namhaft gemacht worden: die Exiſtenz eines Subjectes, und eine rechtliche Vorſchrift, welche dem Subjecte Perſönlichkeit verleiht. Die juriſtiſche Perſon wird daher aufgehoben 1) dadurch, daß irgendwie die Unterlage der Perſönlichkeit wegfällt. Dieſe Art der Aufhebung, welche dem Tode einer natürlichen Perſon (Aufhören des menſchlichen Individuums, woran hier die Perſönlichkeit geknüpft iſt) gleich ſteht, geſtaltet ſich verſchieden bei den einzelnen Arten, die ſich eben durch die Verſchiedenheit dieſer Unterlage unterſcheiden; 2) durch eine entgegengeſetzte rechtliche Vorſchrift, namentlich durch eine constitutio personalis, welche dem Subjecte die Perſönlichkeit entzieht. Wenn die juriſtiſche Perſon nicht durch eine beſondere Conceſſion, ſondern vermöge eines allgemeinen Rechtsſatzes entſtanden iſt (ſ. oben), ſo bewirkt die Aufhebung dieſes Rechtsſatzes, in Gemäßheit der Regel über die Unanwendbarkeit eines Geſetzes auf frühere Fälle, nicht die Aufhebung der bis dahin ſchon entſtandenen juriſtiſchen Perſonen, es wäre denn, daß dieſe Rückanwendung in dem Geſetze ſelbſt vorgeſchrieben wäre. In einem Falle iſt ein beſonderer geſetzlicher Ausſpruch für die Endigung der Perſönlichkeit nicht nothwendig: wenn nämlich durch die rechtliche Vorſchrift, auf welche ſie ſich gründet, beſondere Bedingungen für die Fortdauer derſelben gegeben ſind. Hier wird die Endigung ipso iure anzunehmen ſein, ſowie der von dem Geſetze vorausgeſehene Umſtand eingetreten iſt. Eine andere Frage iſt, ob die Aufhebung durch die Staatsgewalt willkürlich geſchehen könne? Faſſen wir zuerſt die juriſtiſchen Perſonen ins Auge, die es vermöge eines allgemeinen Rechtsſatzes ſind, ſo müſſen wir die Frage, eben ſo wie bei den natürlichen Perſonen, den Menſchen, verneinen, mit denen jene die Form der Entſtehung gemein haben. Man könnte dieſe Gleichſtellung deswegen bedenklich finden, weil die Exiſtenz juriſtiſcher Perſonen doch immer etwas Unregelmäßiges, eine juriſtiſche Fiction, weil ihre Exiſtenz nichts für das Daſein des Rechtes Nothwendiges, wie die der natürlichen Perſonen, iſt. Hier iſt aber entſcheidend, daß auch die juriſti-

8) Authent. Frid. Item quaecunque C. de episc. et cler. (1. 3.)
9) Auth. Frid. Item nulla C. eod.

ſchen Perſonen nur für die Zwecke der Menſchen, alſo im Intereſſe der natürlichen Perſonen eingeführt ſind; es iſt die menſchliche Rechtsſphäre ſelbſt, welche durch jenen Begriff erweitert iſt; der Sache nach handelt es ſich auch bei juriſtiſchen Perſonen ſtets um die rechtlichen Intereſſen natürlicher, denen nur dieſe beſondere Form gegeben iſt, und die auch in dieſer Form kein Gegenſtand willkürlicher Behandlung und Verfügung ſind. Eine Aufhebung juriſtiſcher Perſonen iſt alſo nur aus denſelben Gründen, wie eine Aufhebung wohlerworbener Rechte zuläſſig. Die Aufhebung ſolcher, die ſich auf eine ſpecielle Conceſſion gründen, iſt nach den Grundſätzen von dem Widerruf der Privilegien zu beurtheilen. — Man hat von einer freiwilligen Auflöſung juriſtiſcher Perſonen durch einen Beſchluß ihrer Glieder geſprochen[10]), die man nur „bei den mit dem Staate und ſeinen Einrichtungen in näherer oder entfernterer Verbindung ſtehenden universitates“ für unſtatthaft hält. Offenbar wäre dieſe Möglichkeit, das Subject für die entſtandenen Rechtsverhältniſſe durch Privatwillkür wegzunehmen, für die mit einer juriſtiſchen Perſon in rechtlichen Verkehr Tretenden höchſt bedenklich. In der That aber iſt bei keiner juriſtiſchen Perſon eine ſolche Auflöſung möglich. Einmal nämlich kann ja auch eine natürliche Perſon durch die bloße Erklärung ihres Willens, nicht mehr Perſon zu ſein, ihre Perſönlichkeit nicht aufgeben; warum ſollte es anders ſein bei juriſtiſchen Perſonen? Sodann aber, wenn es auch einen Verzicht auf die Perſönlichkeit gäbe, ſo würde dieſer bei einer juriſtiſchen Perſon nicht möglich ſein, weil ſie keinen Willen hat; der Wille der Glieder gilt unter Umſtänden dafür, nur um der juriſtiſchen Perſon ein actives Daſein zu verſchaffen; dieſe Fiction kann daher nicht auf den Fall der Vernichtung dieſes Daſeins erſtreckt werden. Die Glieder können durch ihren Willen etwa bewirken, daß ſie aufhören, Glieder dieſer juriſtiſchen Perſon zu ſein, und es wäre denkbar, daß dadurch nach und nach die erſte Vorausſetzung, das Subject, wegfällt, aber die Perſon würde hier nicht durch einen Verzicht auf die Perſönlichkeit aufgehoben ſein. So kann der Menſch nicht auf ſeine Perſönlichkeit verzichten, obwohl er ſich umbringen und dadurch, indem er das Subject der natürlichen Perſon wegnimmt, dieſe als ſolche zerſtören kann.

Bei der Aufhebung einer juriſtiſchen Perſon entſteht die Frage nach dem Schickſal ihres Vermögens. Man hat bei der Beantwortung dieſer Frage unterſcheiden wollen, ob die juriſtiſche Perſon durch ihren eigenen Willen, durch Verfügung der Staatsregierung, oder durch den Wegfall des Subjects der Perſönlichkeit aufgehoben wird [11]). Das Erſte fällt nach den obigen Bemerkungen ohnehin weg, aber auch die beiden andern, wirklich exiſtirenden Aufhebungsarten, haben auf unſere Frage keinen Einfluß. Es beruht auf einem entſchiedenen Irrthum, wenn behauptet wird, bei der Auflöſung juriſtiſcher Perſonen durch den Staat falle ihr Vermögen an die bisherigen Glieder derſelben. Den Gliedern der juri-

---

10) Marezoll in Grolman's und Löhr's Magazin IV. S. 211. — Mühlenbruch, Lehrb. d. P.-R. §. 197.

11) Marezoll a. a. O.

ſtiſchen Perſon gehörte das Vermögen nicht während des Beſtehens derſelben, — darin eben unterſcheidet ſich eine ſolche universitas personarum von einer bloßen Geſellſchaft (ſ. unten), — keine dieſer natürlichen Perſonen konnte ſich einen Antheil an dem Vermögen der Geſammtheit zuſchreiben; wie ſollten ſie nun, nach Aufhebung der juriſtiſchen Perſon, dazu kommen, Subjecte des Vermögens zu werden, abgeſehen von einer poſitiven, ihnen daſſelbe übertragenden Vorſchrift, die aber nicht exiſtirt? Denn das iſt unzweifelhaft, daß L. 3. pr. D. de colleg. (47. 2.) nicht hierher zu beziehen iſt, welche ſagt: Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatusconsultis dissolvuntur. Sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri. Hier verſteht ſich, ſo wie die Einziehung der Güter nicht als Strafe angeordnet iſt, die Theilung von ſelbſt; denn dieſe Güter haben, da ein collegium illicitum keine juriſtiſche Perſon iſt, immer nur den Einzelnen, die ſie zuſammengeſchoſſen hatten, gehört, das Subject des Vermögens verändert ſich nicht, indem die unerlaubte Verbindung aufgelöſt wird. Eine Vertheilung dagegen der Güter einer universitas personarum unter ihre Glieder, wäre eine reine Veräußerung derſelben, eben ſo gut, wie wenn ſie an Auswärtige geſchehe. Sie hätte daher, ſo weit die juriſtiſche Perſon in ihrer Veräußerungsbefugniß nicht beſchränkt war, während ihres Beſtehens geſchehen können, nach ihrer Aufhebung kann natürlich davon nicht mehr die Rede ſein. Die Art der Aufhebung macht alſo an ſich eben ſo wenig einen Unterſchied in Beziehung auf das Schickſal des Vermögens einer juriſtiſchen Perſon, als der Umſtand, ob die Perſönlichkeit an eine Vereinigung natürlicher Perſonen geknüpft iſt oder nicht; immer iſt das Subject, dem das Vermögen ausſchließlich zuſtand, nicht mehr vorhanden. Es bleibt ſomit nur folgende Alternative. Entweder nehmen wir an: die Sachen werden herrenlos, die Obligationen gehen unter; dazu aber könnten wir nur im äußerſten Falle greifen, wenn kein anderer Ausweg in unſerem Rechte geöffnet wäre. Oder wir erhalten das Vermögen ungeachtet des Unterganges des bisherigen Subjectes aufrecht, indem wir einen der Erbfolge analogen Uebergang an eine andere Perſon zulaſſen, mit anderen Worten: wir behandeln die Güter einer aufgehobenen juriſtiſchen Perſon als bona vacantia. Dieß iſt die allein zuläſſige Entſcheidung. Die Vorausſetzung der bona vacantia iſt, daß das bisherige Subject aufgehoben wird, ohne einen Erben zu hinterlaſſen; dieſe Vorausſetzung tritt immer ein bei der Aufhebung einer juriſtiſchen Perſon, die weder einen teſtamentariſchen noch einen Inteſtaterben haben kann. Ihr Vermögen wird daher nach den Grundſätzen von den bona vacantia dem Fiscus deferirt.

So viel von den juriſtiſchen Perſonen überhaupt. Von den beiden Claſſen derſelben, die oben unterſchieden worden ſind, kommt, indem wir nun zur Betrachtung der einzelnen Arten übergehen, nur die der universitates personarum in Betracht. Solche universitates personarum ſind: der Staat, nebſt den öffentlichen Corporationen, welche Beſtandtheile

deſſelben ſind, die Kirche, nebſt den kirchlichen Corporationen, endlich andere corpora, die unter dieſem allgemeinen Ausdrucke zuſammengefaßt werden. Die Lehre von der juriſtiſchen Perſönlichkeit des Staates iſt dem Artikel Fiscus vorbehalten, ebenſo ſind der Kirche und den kirchlichen Corporationen beſondere Artikel gewidmet. So bleiben uns nur noch die anderen vorhin erwähnten Corporationen übrig, die auch wohl vorzugsweiſe unter dieſem Ausdrucke verſtanden zu werden pflegen.

Unter dieſen Corporationen gibt es ſolche, welche unmittelbare Beſtandtheile des Staates ſind, indem ſie keinen von dem des Staates verſchiedenen Zweck haben, nur mit dem Unterſchiede, daß ſie als bloße Beſtandtheile des Staates dieſen Zweck in einem engeren Kreiſe verfolgen. Dieß ſind die Gemeinden, die öffentlichen Corporationen, welche eben wegen jener Identität im römiſchen Rechte respublicae, civitates heißen, Bezeichnungen, welche ebenſowohl auf den Staat ſelbſt anwendbar ſind. Die juriſtiſche Perſönlichkeit derſelben beruht auf einem allgemeinen Rechtsſatze, ſowie daher eine Gemeinde exiſtirt, eine Corporation alſo als Gemeinde anerkannt iſt, ſo iſt ſie zugleich juriſtiſche Perſon, ohne daß es dazu einer beſonderen Verleihung der Perſönlichkeit bedürfte. Ihre Rechtsfähigkeit erſtreckt ſich ſoweit, als es die Natur einer juriſtiſchen Perſon zuläßt (ſ. oben). Namentlich ſteht den Gemeinden auch die Erbfähigkeit zu[12]. Ueberdieß gehören ſie zu den durch ein mannigfaches ius singulare begünſtigten Perſonen. Sie haben in Beziehung auf in integrum restitutio die iura minorum[13]), ferner ſind die Privilegien, welche das Staatsvermögen genießt, wenigſtens zum Theil auch dem Gemeindevermögen gegeben[14]), endlich haben ſie noch außerdem ihre beſonderen Vorrechte[15]).

Alle übrigen Corporationen werden unter dieſem allgemeinen Ausdrucke, im römiſchen Rechte unter dem Worte corpora zuſammengefaßt.

---

12) L. 12. C. de hered. inst. (6. 24.)

13) L. 4. C. ex qu. c. maj. (2. 54.) u. a.

14) Dahin gehört die Befreiung von der satisdatio, ferner daß das Gemeindeeigenthum der ordentlichen Uſucapion entzogen iſt, ferner das privilegium exigendi, das den Forderungen der Gemeinden nach Analogie des fiscaliſchen gegeben iſt, wenn auch nicht in der Stärke des letzteren (simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit. L. 10. ad municip. (50. 1.)). Wenn den Gemeinden im römiſchen Rechte nicht auch ein geſetzliches Pfandrecht, wie dem Fiscus verliehen iſt, ſo iſt doch ein Analogon davon dadurch gegeben, daß wenn Darlehensſchuldner derſelben etwas von ihren Gütern veräußern, die Erwerber nach dem Verhältniſſe der erworbenen Güter zu dem Vermögen, wie der Schuldner es hatte, in subsidium haften ſollen. L. 2. C. de debit. civit. (11. 32.)

15) So namentlich in Beziehung auf die Verjährung ihrer Klagen. Noch iſt zu erwähnen, daß die Verwalter des Gemeindegutes das periculum der von ihnen angelegten, oder während ihrer Verwaltung unſicher gewordenen Capitalien tragen, L. 9. §. 9. D. de admin. rer. ad civ. (50. 8.), L. 4. C. quo quisque ord. (11. 35.), L. un. C. de his qui ex off. (11. 38.); ferner, daß die Uebernehmer der Ausführung von opera publica für jeden Mangel haften, der ſich innerhalb funfzehn Jahren nach der Vollendung zeigt. L. 8. C. de oper. publ. (8. 12.)

Sie unterſcheiden ſich von den Gemeinden dadurch, daß ſie einen beſonderen, mit dem Staatszwecke nicht identiſchen Zweck haben. Es iſt hier nicht der Ort, die einzelnen Arten derſelben, die bei den Römern erwähnt werden [16]), oder die heutzutage vorkommen, aufzuzählen, das Letztere iſt ſchon deswegen unthunlich, weil die Zahl derſelben auf keine Weiſe eingeſchränkt iſt, und in jedem Augenblicke neue Arten entſtehen, wie bisher vorkommende verſchwinden können. Dagegen iſt folgende Claſſification, die ſich nach dem Vorgange des römiſchen Rechtes unter dieſen Corporationen machen läßt, von allgemeiner Bedeutung. Wenn gleich nämlich dieſe Corporationen nicht wie die Gemeinden die unmittelbare Verfolgung der Zwecke des Staates zu ihrer Aufgabe haben, ſo gibt es doch unter ihnen ſolche, deren Zweck inſofern ein öffentlicher iſt, als ſie den Staatszweck zu unterſtützen beſtimmt ſind, wie die Zünfte, die Univerſitäten (bei den Römern die collegia sacerdotum, decurionum, und die den heutigen Zünften entſprechenden), bei denen alſo das gemeine Beſte unmittelbar in Ausſicht ſteht, während andere für ſolche Zwecke beſtehen, die zunächſt und unmittelbar wenigſtens blos privater Art ſind, wenn auch mittelbar die Thätigkeit einer ſolchen Verbindung das öffentliche Intereſſe berühren mag, wie bei den Römern die societates publicanorum, und heutzutage Actiengeſellſchaften, wenn ihnen Corporationsrechte verliehen ſind. Auch die Römer haben dieſe beiden Claſſen unterſchieden, und vorzugsweiſe die erſte collegia genannt, während ſie für die zweite den allgemeineren, und nicht auf juriſtiſche Perſonen eingeſchränkten Namen societates hauptſächlich gebraucht haben [17]). Beide unterſcheiden ſich in Beziehung auf die Erwerbung der juriſtiſchen Perſönlichkeit. Das Subject der Perſönlichkeit entſteht bei allen dieſen Corporationen auf gleiche Weiſe: ſie ſetzen eine Vereinigung mehrerer Perſonen für einen gemeinſchaftlichen Zweck voraus [18]), und dieſe Verbindung muß eine erlaubte ſein. Erlaubt aber kann ſie ſein entweder vermöge eines allgemeinen Geſetzes, welches gewiſſe Collegien für gewiſſe Zwecke geſtattet, indem es andere verbietet [19]), oder durch

---

16) Dieſe antiquariſchen Notizen ſind zu finden bei Waſſenaer und Dirkſen a. a. O. Von praktiſchem Intereſſe wäre die Aufzählung nur wegen der beſonderen Vorrechte, welcher manche Arten dieſer Corporationen nach römiſchem Rechte theilhaftig ſind, aber gerade von dieſen beſonderen Beſtimmungen zu Gunſten einzelner Arten (z. B. des ordo decurionum, des corpus naviculariorum, fabricensium u. ſ. f.) iſt heutzutage kein praktiſcher Gebrauch mehr zu machen.

17) L. 1. D. quod cuiuscunque univ. (3. 4.), vergl. auch L. 22. D. de fideiuss. (46. 1.) (— hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.) In einem allgemeinen Sinne werden die societates den respublicae gegenüber geſtellt in L. 31. §. 1. D. de furt. (47. 2.)

18) Ueber die Zahl der Perſonen, die für die Errichtung einer Corporation erforderlich iſt, findet ſich folgende Beſtimmung im römiſchen Rechte: Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est L. 85. D. de V. S. (50. 16.) Eine eigenthümliche Beſchränkung, welche rein dem öffentlichen Rechte angehört, und darum nicht als recipirtes Recht betrachtet werden kann, iſt die, daß Jemand nicht Glied mehrerer Collegien ſein kann. L. 1. §. 2. D. de coll. et corp. (47. 22.)

19) Welche Collegien erlaubt ſind, iſt nach dem heutigen öffentlichen Rechte,

eine ſpecielle Genehmigung der Obrigkeit, welche bei der Eingehung der Verbindung zu erholen iſt. Bei den Corporationen der erſten Claſſe, den eigentlichen collegia, welche ihrem Zwecke nach den respublicae näher ſtehen, als die übrigen Corporationen, iſt mit dieſer allgemeinen oder ſpeciellen Genehmigung auch die juriſtiſche Perſönlichkeit gegeben, vermöge des allgemeinen Rechtsſatzes, daß collegia licita juriſtiſche Perſonen ſind. Bei anderen Geſellſchaften dagegen, die entweder keine oder eine nur ſehr entfernte öffentliche Beziehung haben, liegt in der Erlaubniß zu beſtehen, die auch bei ihnen aus polizeilichen Gründen erforderlich ſein kann, und die dann auch nur einen polizeilichen Charakter hat, noch keineswegs die Anerkennung derſelben als juriſtiſcher Perſonen. Sie können die Perſönlichkeit nur durch die ſpecielle Ertheilung der Corporationsrechte von Seiten des Regenten erhalten. Außerdem ſind es bloße Geſellſchaften, deren juriſtiſches Verhältniß blos das einer Obligatio unter den einzelnen Gliedern als einzelnen iſt, bloße Mehrheiten von natürlichen Perſonen, welche nicht eine universitas, nicht eine juriſtiſche Perſon bilden[20]).

Die Anwendung der oben vorgetragenen Grundſätze von den juriſtiſchen Perſonen auf dieſe universitates personarum macht ſich von ſelbſt. Es iſt in dieſer Beziehung nur Folgendes noch hervorzuheben. Die Corporation beſteht aus natürlichen Perſonen, aber nicht dieſe ſind es, welche hier zur Sprache kommen, ja man muß von ihnen da, wo von der juriſtiſchen Perſon die Rede iſt, ganz abſtrahiren[21]). Dadurch eben unterſcheidet ſich die Corporation von einer bloßen Privatgeſellſchaft, in welcher mehrere Perſonen vereinigt ſind, ohne etwas Anderes, als eben dieſe mehreren natürlichen Perſonen zu ſein, ohne eine von ihnen verſchiedene juriſtiſche Perſon zu bilden. Die Corporation iſt daher immer dieſelbe, wenn auch alle einzelnen Glieder, aus denen ſie beſteht, ſich verändert haben (populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret[22])), ſie beſteht, genau genommen, nicht blos aus den Gliedern, die gleichzeitig, ſondern aus allen denen, welche ſucceſſiv ſie gebildet haben. Daher würde, wenn eine Corporation auf ein einziges lebendes Glied reducirt wäre, dennoch die juriſtiſche Perſon fortdauern, und von dieſem einzigen Glied repräſentirt werden[23]). Mit dem Wegfallen freilich auch des letzten Gliedes würde die Gemeinheit ein gegenwärtiges Daſein zu haben, alſo zu exiſtiren aufhören.

---

nicht nach dem römiſchen, deſſen ſtaatsrechtliche Beſtimmungen nicht recipirt ſind, zu entſcheiden.

20) Für dieſe bloßen Geſellſchaften, wie ſie im Texte genannt ſind, wird in L. 59. pr. D. pro socio (17. 2.) der Ausdruck privatae societates gebraucht, im Gegenſatze gegen die Geſellſchaften, welche Corporationen ſind, z. B. die societas vectigalium.

21) Vergl. z. B. L. 2. D. quod cuiusc. univ. (Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum, quasi a pluribus datum sit haberi; hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis.)

22) L. 76. D. de iudic. (5. 1.)

23) L. 7. §. 2. D. quod cuiusc. univ.

Nichts iſt daher gewiſſer, als daß an den Rechten und Verbindlichkeiten einer Corporation die einzelnen Glieder keinen Theil haben. Das Subject der Rechtsverhältniſſe iſt nur das Ganze, die juriſtiſche Perſon, die ein von den Gliedern ganz verſchiedenes Weſen iſt. Dieß wird denn auch mit der größten Entſchiedenheit in unſerem geſchriebenen Rechte erklärt: Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. Et ideo tam contra civem, quam pro eo posse servum civitatis torqueri, Divi Fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus [24]). Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent [25]). Ganz anders bei einer Geſellſchaft ohne Corporationsrechte, bei welcher man im gemeinen Leben wohl auch, aber nur ganz uneigentlich oder nur, indem man mit dem Collectivum der Geſellſchaft alle Einzelnen meint, von Geſellſchaftsvermögen ſpricht: das Eigenthum ſteht hier jedem einzelnen Mitgliede zu einem ideellen Theile zu (es iſt Miteigenthum), und eben ſo ſind die Einzelnen pro rata Subjecte der Obligationen, ein anderes von den Einzelnen verſchiedenes Subject exiſtirt in einer ſolchen societas privata nicht. Es iſt nach den klaren Aeußerungen des römiſchen Rechtes kaum glaublich, daß über die totale Verſchiedenheit der Corporationen von den bloßen Geſellſchaften in dieſem Punkte ein Mißgriff möglich ſein ſollte, und doch hat es keineswegs an Juriſten gefehlt, welche gegen dieſes Princip verſtoßen haben. So iſt dieß bei der Lehre von der Theilung der Gemeindegründe geſchehen, wobei Manche geradezu von einem Miteigenthume der Gemeindeglieder geſprochen, und die Grundſätze von der actio communi dividundo angewendet haben [26]), während die Theilung unter die Gemeindeglieder eine reine Veräußerung, nicht anders als eine Veräußerung an Auswärtige iſt. Von dieſem Standpunkte aus würde der Beſchluß der Theilung, wie der Beſchluß einer ſonſtigen Veräußerung, alſo durch die Majorität der Gemeindeglieder, mit Genehmigung der die Oberaufſicht über die Gemeindeverwaltung führenden Regierung gefaßt werden können, und auch für die Art der Theilung und die Antheile der einzelnen Empfänger würde dieſer Beſchluß, unbeſchadet wohlerworbener Rechte Einzelner (die als iura in re aliena zu betrachten ſind), entſcheiden, entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend, ſtillſchweigend indem der Beſchluß einer Vertheilung ohne nähere Beſtimmung eine Vertheilung in capita involvirt [27]). Es ſcheint unmöglich, von dem rein civiliſtiſchen Standpunkte des Eigenthums einer juriſtiſchen Perſon aus auf ein anderes Reſultat zu kommen, und die Germaniſten, welche dieſen Standpunkt anerkennen, befinden ſich, wenn ſie ein anderes (obwohl den heuti-

---

24) L. 6. §. 1. D. de div. rer. (1. 8.)

25) L. 7. §. 1. D. quod cuiusc. univ., vergl. auch L. 1. §. 15. D. ad SC. Treb. (36. 1.) und Thibaut, civil. Abhandl. S. 391.

26) Z. B. Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechtes, II. 1. S. dagegen Runde, Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenſtände, I. 1. Thibaut, civil. Abhandlungen Nr. 18.

27) S. beſonders Thibaut a. a. O.

gen Verhältniſſen angemeſſeneres Reſultat daraus ableiten wollen [28]), in theoretiſchem Unrecht. Aber es fragt ſich, ob dieſer Standpunkt bei den teutſchen Gemeindegütern durchweg zuläſſig ſei? Kein Bedenken hat dieß bei den Gemeindegütern, die nicht in der gemeinen Benutzung der Gemeindeglieder ſtehen. Die compascua aber oder Allmanden dürfen nicht unter jenen civiliſtiſchen Geſichtspunkt gebracht, ſie müſſen vielmehr als ein Geſammteigenthum betrachtet werden, woran die Einzelnen zwar nicht ideelle Theile, wie beim Miteigenthum, aber doch Eigenthumsrechte haben. Dieſes Princip führt natürlich zu anderen Conſequenzen, worüber das Nähere dem Artikel Gemeinden vorbehalten bleibt. — Von dem Schickſale des Vermögens einer Corporation bei der Aufhebung derſelben iſt ſchon oben gehandelt, und das Ergebniß der vorhin aufgeſtellten Grundſätze gegen abweichende Anſichten in Schutz genommen worden.

G. F. Puchta.

Corpus Evangelicorum iſt der Verein der die evangeliſche Kirche repräſentirenden teutſchen Reichsſtände [1]).

Die evangeliſche Kirche zerfällt zwar äußerlich in ſelbſtſtändige Landeskirchen und betrachtet deren Einheit ſowie die mit den Chriſten anderer Confeſſionen zunächſt als eine innere und unſichtbare unter dem gemeinſamen Oberhaupte, welches Chriſtus ſelbſt iſt; dennoch iſt auch eine gewiſſe äußere Einheit aller Evangeliſchen, begründet durch die weſentliche Uebereinſtimmung deſſelben Princips [2]), und gegenüber den anderen chriſtlichen Parteien, niemals verkannt und geleugnet worden. Die letztere Beziehung insbeſondere iſt es, auf welche wir hier näher zu achten haben.

Der Anfangspunkt der evangeliſchen Kirche iſt höchſt verſchieden angeſetzt worden [3]). Entſcheidend iſt aber vorzüglich der Moment, in welchem dieſelbe als eine eigene Partei, gegenüber der katholiſchen, betrachtet wird. Das wormſer Edict vom 8. (publicirt am 26.) Mai 1521 ſpricht dieß zuerſt aus. Bald erklärten ſich nun auch einzelne Reichsſtände für das neue Bekenntniß und traten auf dem Reichstage zu Nürnberg im

28) Vergl. Eichhorn, Einleitung ins t. P.-R. §. 373, und Runde a. a. O.

1) Die reiche Literatur darüber findet man verzeichnet in: Pütter, Literatur des teutſchen Staatsrechtes, Bd. III, §. 978, 979 (S. 189—191), §. 1035—1038 (S. 248—255), §. 1199 (S. 429), §. 1516 (S. 732) u. a. Fortſetzung von Klüber, Bd. IV, dieſelben §§. S. 209—212, 252—255, 353 u. a. Einzelnes weiter unten.

2) Im Allgemeinen liegen allen ſymboliſchen Büchern der Evangeliſchen dieſelben Principien zum Grunde; daher iſt es in dieſer Beziehung von geringerer Bedeutung, daß der Beſchluß einer allgemeinen Kirchenordnung vom 22. December 1530 nicht ausgeführt (Schlegel, Kirchengeſchichte von Nordteutſchland, II. 147, 415 flg.), die auf Anlaß des Kurfürſten von Sachſen, Johann Friedrich, durch Luther, Melanchthon, Cruciger, Bugenhagen und Georg Major entworfene formula reformationis nicht recipirt (Seckendorf, historia Lutheranismi, III. 31. §. 119. p. 522 sq.), auch die Concordienformel nicht allgemein gebilligt wurde.

3) Vergl. meine Ausführung in Richter's krit. Jahrb. für teut. Rechtswiſſenſch., Bd. II. 580 flg.

Anfange des Jahres 1524 gegen die Vollziehung des wormſer Edicts auf, ſchloſſen am 4. Mai 1526 den torgauer Bund und bildeten ſeitdem auf dem Reichstage ein beſonderes corpus, welches die evangeliſchen Intereſſen vertheidigte. So ward der ſpeyerſche Abſchied vom 27. Auguſt 1526 erkämpft, nach welchem jeder Reichsſtand ſich hinſichtlich des wormſer Edicts gegen ſeine Unterthanen ſo verhalten durfte, wie er es vor Gott und dem Kaiſer zu verantworten hoffen konnte. So erfolgte die Proteſtation und Appellation zu Speyer am 25. April 1529 und die Behauptung des Grundſatzes, daß in Angelegenheiten der Religion keine Stimmenmehrheit entſcheidend ſei, und alle die übrigen Thatſachen, welche die evangeliſche Kirche feſter begründeten. So ward das ſchmalkaldiſche Bündniß eingegangen, und der nürnberger friedliche Anſtand (ſogenannter erſter Religionsfriede) 1532 und der augsburger Religionsfriede 1555 erkämpft.

Da die evangeliſchen Stände vereinigt ſich die Freiheit ihres Glaubens erwarben, kann man ihnen unbedenklich ſeit dem erſten Zuſammentreten das Prädicat eines corpus Evangelicorum beilegen[4]), wenn ſchon der Ausdruck ſelbſt ſich erſt ſpäter findet[5]). Eine Anerkennung der Corporation liegt beſtimmt in den Unterhandlungen des Kaiſers und Reichstages mit den evangeliſchen Ständen. Als daher ſpäterhin an der Rechtmäßigkeit einer Sonderung der evangeliſchen Fürſten als corpus Evangelicorum [6]) und der katholiſchen als corpus Catholicorum [7]) gezweifelt wurde[8]), erklärten jene: Nach der Zeit des errichteten Religionsfriedens hat man evangeliſcher Seits nebſt dem abſonderlichen Directorio (darüber nachher) eigene Bedenken und Religionsbeſchwerden übergeben und publice ohne Widerrede verwaltet, was einem corpori zuſteht, ſo daß ſchon anno 1582 auf dem Reichstage zu Regensburg es ein Herkommen genannt worden[9]), — und äußerten, als man ihnen den Aus-

---

4) Die Streitfrage über den Anfangspunkt iſt daher ziemlich bedeutungslos (m. ſ. **Poſſelt**, historia corporis Evangelicorum (Kehl. 1784, 8.), §. VIII. p. 19 sq.).

5) S. **Joh. Jac. Moſer**, von dem Ausdrucke corpus Evangelicorum. Regensburg 1772, 4. **Eſtor**, von dem Daſein und der Benennung des corporis Evangelicorum (in **deſſen** kleinen Schriften II. 4. Nr. 26).

6) Auf dem Reichstage von 1598 äußerte der öſterreichiſche Geſandte: daß in Gewiſſensſachen nicht wie in anderen Sachen, ſondern durch beſondere Räthe gehandelt werde, alſo daß die Katholiſchen einen beſonderen Rath, und die anderen auch einen beſonderen Rath hätten (**Schauroth**, Sammlung aller Conclusorum II. 793). Im J. 1700 verhieß Kaiſer Leopold I. für die Erledigung der Religionsbeſchwerden zu ſorgen „ſobald dieſelben vom corpore Augustanae confessionis an ihn würden gebracht werden" (**Schauroth** a. a. O. II. 823). Den Ausdruck corpus Evangelicorum brauchte der Kurfürſt von Mainz 1719 (**Faber**, Staatscanzlei, XXXV. 366). M. ſ. überhaupt noch **Poſſelt**, systema iurium corporis Evangelicorum (Kehl. 1786, 8.), p. 50 sq.

7) Beiſpiele für den Ausdruck vom Jahre 1700 (**Schauroth** a. a. O. II. 792), 1703 (**Faber** a. a. O. IX. 51), 1709 (daſelbſt XV. 156) u. v. a.

8) M. ſ. z. B. das Commiſſionsdecret Karl's VI. vom 12. April 1720 (**Schauroth** a. a. O. II. 641 flg.) u. a.

9) **Schauroth** a. a. O. II. 793.

druck corpus ſtreitig machen wollte: es könne ihnen ganz gleich gelten, ob man ſie für ein Corpus, Societät, Collegium, Gemeinheit oder für einen Reichstheil halten wolle, wenn ihnen nur dasjenige frei bliebe, was ihnen die Reichsgeſetze beilegten, was wohl hergebracht, ſo oft ſelbſt anerkannt, und wovon der Grund wäre, daß ihnen Zuſammenſetzungen, Bündniſſe und Vereinigungen zu machen erlaubt, und in den Reichsgeſetzen und Wahlcapitulationen darüber zu halten verſprochen ſei[10]. Demgemäß beſtand das corpus, als ſolches, nach wie vor, in ſeiner Bedeutung und Einrichtung fort, obgleich auch ſpäter gegen daſſelbe Bedenken und Proteſtationen erhoben wurden, wie namentlich Seitens der katholiſchen Stände am 15. Juni 1752 geäußert ward[11]: Es haben die Katholiſchen ſich darüber höchlich zu verwundern gehabt, daß die Geſandtſchaften der augsburgiſchen Confeſſion nicht nur ſich die Benennung eines beſonderen Körpers zueignen, ſondern auch den Katholiſchen ſolche beilegen wollen. Da nun aber die dieſſeitigen Grundſätze bekannt ſind, welche ſo wenig als die theure Reichsverfaſſung ſelbſt von dergleichen beſondern corporibus wiſſen, und vielmehr nach Anleitung des Art. V, §. 52, des weſtphäliſchen Friedens, in ſolchen Fällen, wo die Stände als ein corpus nicht angeſehen werden können, die Katholiſchen, dann die der augsburgiſchen Confeſſion Zugethanen, als beſondere Theile betrachten, und man annit weder den anderen Religionstheil für ein corpus, noch ſich ſelbſt dafür geriren kann; ſo ſieht man dieſerwegen eben ſo wohl eine Reſervation einzulegen, und dieſes feierlich zu widerſprechen ſich genöthigt. — Dennoch behauptete ſich das corpus Evangelicorum, dem begründeten Rechte gemäß[12], bis zur Auflöſung des teutſchen Reiches.

Als eine Corporation hatte das corpus Evangelicorum eine beſtimmte Verfaſſung und Verwaltung.

Mitglieder waren alle teutſchen Reichsſtände evangeliſchen Bekenntniſſes. In dieſer Qualität gehörten auch Großbritannien, Schweden und Dänemark dazu, Kurſachſen aber rückſichtlich des Landes, nachdem der Regent katholiſch geworden.

Die obere Leitung der Religionsangelegenheiten[13] bei der anfänglichen Entwickelung der Reformation hatte der Kurfürſt von Sachſen. Später übernahm Kurpfalz das Directorium, während des dreißigjährigen Krieges Schweden, in der Zeit der Friedensverhandlungen Sachſen-Altenburg, und ſeit 1653 wieder Kurſachſen. Als 1697 Friedrich Auguſt I. zur katholiſchen Kirche übertrat, überließ er die Leitung Friedrich II. von Gotha, unter Mitwirkung des geheimen Rathscollegiums zu Dresden. Seit 1700 trat unter gleichem Verhältniſſe der Herzog Johann Georg von Weißenfels an die Spitze. Als im J. 1717 auch Friedrich Auguſt II. von Sachſen ſich zur katholiſchen Confeſſion bekannte, entſtanden

10) Vgl. überhaupt Schauroth, II. 759 flg.
11) Schauroth, III. 999 flg.
12) M. ſ. Leiſt, Lehrbuch des teutſchen Staatsrechtes (Gött. 1803, 8.), §. 73. Gönner, teutſches Staatsrecht (Landshut 1804, 8.), §. 196, 197.
13) Aug. Joh. Dan. Arpini, diss. hist. de directorio corporis Evangelicorum. Rostochii 1757. Pütter, Lit. cit. III. u. IV. §. 979.

wegen des Directoriums Streitigkeiten, doch verblieb daſſelbe unter den erforderlichen Cautelen bei Sachſen.

Das corpus ſelbſt, repräſentirt von den Geſandten der Mitglieder, hielt regelmäßig alle 14 Tage eine Sitzung (Conferenz), und faßte Schlüſſe (conclusa) ab, regelmäßig nach der Stimmenmehrheit. Dieſe conclusa ſind im Allgemeinen den Reichsgeſetzen gleich zu achten, wurden daher auch in den einzelnen evangeliſchen Staaten recipirt und erſcheinen ſomit als eine Quelle des gemeinen evangeliſchen Kirchenrechtes [14]), deren Autorität darum auch durch die Auflöſung des Reichsverbandes nicht aufgehoben werden konnte, da ſie, wie die Reichsgeſetze, in der Geſtalt des Territorialrechtes fortgelten [15]). Die Befugniſſe des corpus ſelbſt folgen im Uebrigen aus dem Zwecke deſſelben, die evangeliſche Kirche nach Außen hin zu vertreten, und zugleich die innere Einheit zu bewahren und zu erweitern. Daraus ergibt ſich insbeſondere das Recht zu Interceſſionen, zu Garantien, zu Beſeitigung jeglicher Religionsbeſchwerden u. ſ. w. [16])

Seit der Regeneration des kirchlichen Lebens nach den Befreiungskriegen iſt mehrfach der Wunſch einer Herſtellung des corpus Evangelicorum [17]) ausgeſprochen worden [18]). Zwar ſcheint derſelbe, inſofern als eine förmliche Scheidung der Stände dadurch herbeigeführt werden könnte, nicht annehmbar, auch ein eigentliches Bedürfniß dazu nicht vorhanden, indem die älteren Grundſätze über itio in partes u. ſ. w. auch jetzt noch rechtlich beſtehen [19]), indeſſen dürfte ein gemeinſameres Wirken der Bundesglieder bei den neu erwachten hierarchiſchen Beſtrebungen der Curie

---

14) S. überhaupt Glück, praecognita uberiora universae iurisprud. eccl. §. 64. — M. ſ. v. Schauroth, vollſtändige Sammlung aller conclusorum, Schreiben und anderer Verhandlungen des corporis Evangelicorum von 1663—1752, Regensburg 1751, 1752, 3 Th. Fol., fortgeſetzt von Nic. Aug. Herrich, von 1753—1786, Regensburg 1786, Fol.

15) S. auch Weiß, im Archiv der Kirchenrechtswiſſenſchaft, II. 40 flg.

16) Vgl. Oertel, vollſtändiges corpus gravaminum Evangelicorum (Regensburg 1775, 4 Thle, Fol.) u. a. m.

17) Theilweiſe war die Fortdauer des corpus auch ſeit der Aufhebung des teutſchen Reiches behauptet worden (m. ſ. z. B. Alex. Müller, die neu auflebende Schirmvoigtei des öſterreichiſchen Kaiſers über die römiſch-katholiſche Kirche und dem päpſtlichen Stuhl, Erfurt 1829, 8.); doch entbehrt dieſe Anſicht jedes hinreichenden Grundes, denn die Behauptung, der teutſche Bund ſei in die Stelle deſſelben getreten, ſchon um den Art. XVI der Bundesacte aufrecht zu erhalten (ſ. Alex. Müller, über die Nothwendigkeit der Reorganiſation des corpus Evangelicorum auf dem Bundestage der Teutſchen. Leipzig 1830, 8.), erſcheint nichts weniger als beweiſend. (M. vergl. dagegen die folg. Anm. cit. Abhandlung.)

18) Genauere literariſche Nachweiſungen, nebſt eigener Entwickelung findet man bei: Weiß, über die behauptete Nothwendigkeit der Reorganiſation des corpus Evangelicorum auf dem teutſchen Bundestage; in Deſſelben Archiv der Kirchenrechtswiſſenſchaft, II. Nr. I. S. 3—45.

19) Daß in Religionsangelegenheiten durch Stimmenmehrheit der Bundesglieder ein Beſchluß nicht gefaßt werden könne, iſt ausdrücklich in der Bundesacte Art. VII, und in der wiener Schlußacte Art. XIII, Nr. 4, anerkannt worden.

wohl durchaus zu billigen ſein, ja ſelbſt für höchſt dringend erachtet werden müſſen.

H. F. Jacobſon.

Culpa, Schuld, Verſchulden, Fahrläſſigkeit, diligentia, negligentia, custodia, Unachtſamkeit, Unbedachtſamkeit, Verwahrloſung. Wenn in irgend einer Materie die neuere juriſtiſche Literatur Verdienſte hat, ſo iſt es in der ſo vielſeitig bearbeiteten und beleuchteten Lehre von der culpa, welche in unſerem corpus iuris ſo vorzüglich entwickelt, auch da, wo dieſes durch neuere Codificationen ſein geſetzliches Anſehen eines Hilfsrechtes verloren hat, als claſſiſches Muſter für die Jurisprudenz alle Zeit fruchtbar und leitend bleiben wird. Dieſe Verdienſte der neueren Literatur ſind ſo entſchieden, daß von älteren Schriftſtellern nur noch Einer genannt zu werden verdient, deſſen aus der Vergeſſenheit hervorgezogene originelle Anſichten jedoch auf die Richtung der jüngſten Beſtrebungen vom weſentlichſten Einfluſſe geweſen ſind [1]. Es bleibt nichts übrig, als dieſen Reichthum auf einfache Reſultate zurückzuführen, wie ſie der Praktiker verlangt.

Was zuvörderſt die Bedeutung oder den Begriff der culpa betrifft, ſo iſt man einig darüber, daß dieſelbe im weiteſten Sinne dem Begriffe der iniuria, ebenfalls im weiteſten Sinne genommen und abgeſehen von der engeren Bedeutung einer angethanen Schmach, innig verwandt iſt und auch den dolus umfaßt. Es wird damit ſowohl die objective, als ſubjective Widerrechtlichkeit bezeichnet, und dieſe beiden Beziehungen gehören ſo weſentlich zu einander, daß ſie eine wahre Polarität ausdrücken. Indeſſen bezieht ſie ſich doch hauptſächlich auf die letztere, auf das poſitive Merkmal der Zurechnung, welche einen freien Urheber der objectiven Widerrechtlichkeit fixirt, während die letztere nur secundario

---

1) Hugo Donelli, commentarii iuris civilis, l. XVI. c. 6. 7. — Franz Schömann, Lehre vom Schadenerſatz, Bd. I, und Handbuch des Civilrechtes, I. Nr. V, S. 161—361. — Egid v. Löhr, die Theorie der Culpa. Gießen 1806. Eine trotz mancher Einſeitigkeiten durch ihre Friſche noch immer anziehende Schrift. — Schömann, Prüfung der Theorie der Culpa des Herrn v. Löhr. Gießen 1806. — v. Löhr, Beiträge zu der Theorie der Culpa. Gießen 1808. Dem durch beide literariſche Gegner, beſonders in unſeren kritiſchen Blättern angeregten lebhaften Streit folgte das Hauptwerk: Haſſe, die Culpa des römiſchen Rechtes (Kiel 1815), in einer vermehrten Ausgabe beſorgt und mit Zuſätzen vom Herausgeber von A. Bethmann-Hollweg, Bonn 1838. — Deſſelben Recenſion der Schrift: Essai sur la prestation des fautes, ou l'on examine, combien les lois Romaines en distinguent d'especes par Lebrun, avec une dissertation de Pothier (Paris 1813), in der Zeitſchrift für hiſt. Rechtswiſſenſchaft, IV. Nr. 5, und in der zweiten Ausgabe als Anhang abgedruckt. — C. Fr. Elvers, doctrinae iuris civilis rom. de culpa lineamenta. Gött. 1823. — P. T. Kritz, über die Culpa nach römiſchem Rechte. 1823. — Friedrich Hänel, Lehre vom Schadenerſatze, §. 11—60. — Eine beſondere Erwähnung verdienen noch Hagemeiſter, welchen Einfluß hat das Obligationsverhältniß auf die Klage aus der lex Aquilia. Grolman's Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung, III. 2. S. 145. Roßhirt, zwei Bemerkungen zu dieſer Lehre, deſſen Zeitſchr. II. S. 49 flg. Halliſche allgem. Literaturzeitung, 1818, Auguſt, Nr. 194 flg. Recenſion der erſten Ausgabe von Haſſe.

oder als unerläßliche Bedingung in Betrachtung kommt, da die Güter und Intereſſen, welche die Rechtsordnung zu ſichern beſtimmt iſt, auch durch Natururſachen verletzt werden, für welche Niemand verantwortlich gemacht werden kann, ihre Verletzung ſelbſt durch Perſonen oft dadurch den Charakter ihrer Widerrechtlichkeit verliert, daß ſich dieſe in unvermeidlicher Ausübung ihres Rechtes befinden, oder in einer Lage, welche jedes Bewußtſein einer ſolchen Widerrechtlichkeit oder ihrer Folgen ausſchließt, ſei es nun, daß dieſes Bewußtſein völlig unmöglich geworden iſt, oder ſei es, daß der Anſpruch auf dieſes Bewußtſein die Zurechnung über alle Gebühr ſteigern würde; daher bemerkt der in Anmerk. 2 allegirte Recenſent: „Culpa drückt eigentlich die innere (ſubjective) Unerlaubtheit (namentlich alſo auch Widerrechtlichkeit) der Handlung oder Unterlaſſung (die Zurechnungsfähigkeit derſelben) aus. Weil aber die Widerrechtlichkeit an ſich und die innere Widerrechtlichkeit vereinigt ſein müſſen, wenn eine wahre Widerrechtlichkeit vorhanden ſein ſoll, ſo müſſen wir es natürlich finden, daß in Fällen, wo die culpa fehlt, die iniuria geleugnet wird, und umgekehrt die iniuria, wo es an der culpa gebricht. Eben darum möchte es vielleicht nicht nöthig geweſen ſein, zwei Bedeutungen von culpa anzunehmen, eine erſte (Unerlaubtheit überhaupt) und eine zweite (ſubjective Unerlaubtheit), indem dieſe letztere die urſprüngliche und eigentlich alleinige iſt." — Dieſe Bemerkung iſt für die Begriffsbeſtimmung an ſich richtig und leuchtet aus dem einfachen Grunde ein, weil nur die Kräfte der Natur ein von der praktiſchen Vernunft unabhängiges Daſein haben, welches ſelbſt das Thier durch Neigung oder Furcht anerkennt, wohingegen der Rechtszuſtand zuletzt nur in einem durch Bewußtſein vermittelten Verhältniſſe freier und gleichartiger Weſen beſteht. Da aber dieſe moraliſche Welt in der phyſiſchen für uns und unſeres Gleichen ſo wirklich iſt, als die Elemente der Körperwelt, ſo iſt jene Sonderung[2]), welche dem poſitiven Pole, wenn ich mich ſo ausdrücken darf, ſeinen negativen zugeſellt, doch unvermeidlich und, wie wir bald ſehen werden, nichts weniger als unfruchtbar.

So wie nun die culpa im weiteſten Sinne eine jede imputable Rechtswidrigkeit iſt, ſo wird ſie im engeren und eigentlichen Sinne dem dolus entgegengeſetzt, welcher als ein mit Wiſſen und Willen verübtes Unrecht, beſonders an dem Motiv der Bosheit oder des Eigennutzes erkennbar (nicht blos aus dem animo lucri faciendi, welche von Löhr'ſche Behauptung von Schömann beſtritten und von Haſſe[3]) gründlich widerlegt iſt), ſo unzweideutig in das Gebiet der Zurechnung fällt, daß darüber nur im Affecte oder in der Betrunkenheit gegründete Bedenken entſtehen können, welche aber, wenn es ſich von blos privatrechtlichen Folgen handelt, kaum in Betrachtung kommen. In dieſer eigentlichen Bedeutung bezeichnet daher die culpa diejenigen Begehungs- oder Unterlaſſungshandlungen, welche, objectiv widerrechtlich und obgleich ſelbſt oder

2) Vergl. Haſſe a. a. O. 1. Cap. per totum, beſonders §. 10. — Der vermiſchte Gebrauch der Worte erhellt beſonders daraus, daß das damnum iniura datum, eben ſo oft culpa datum genannt wird.

3) A. a. O. 3. Cap. §. 18.

doch in ihren Folgen nicht beabſichtigt, gleichwohl auf Freiheit noch bezogen werden können, und daher in die Zurechnung fallen. Daß unſer gemeines Recht in der Beſtimmung des Begriffs dolus im engſten Sinne, in welchem er die culpa lata ausſchließt, nicht blos auf die Gewißheit des vorausgeſehenen Erfolges ſieht, und auf die Triebfeder einen ſehr ſtarken Accent legt, darin muß man dem halliſchen Recenſenten beipflichten und in dieſer Beziehung war v. Löhr wenigſtens auf der rechten Spur. Was aus Mitleid, aus Gefälligkeit, ja aus bloßem Muthwillen geſchieht, wird von unſeren claſſiſchen Juriſten mehr als Schwachheits-, denn als Bosheitsſünde gewürdigt, weil beſonders die beiden erſtgenannten Motive an ſich wohlwollende ſind, die nur durch Abirrung, gewöhnlich nur durch Unterlaſſungsfehler ſchaden. Doch haben ſie dieß gewiß nur unter der Vorausſetzung gemeint, daß die widerrechtliche Handlung nicht in einem zu argen Mißverhältniß ſteht, um auf dieſe Weiſe entſchuldigt werden zu können und gewiß nicht ſo, daß ſie den auf dieſe Weiſe beſchönigen wollten, der einem Freunde oder einer Geliebten zu Gefallen einen Mord verübt, oder durch ſonſt eine grauſame Handlung (saevitia) ſich im Böſen ſtark beweiſt. Wir ſind zwar überzeugt, daß in ihrem Geiſte der Soldat, welcher auf dem Schlachtfelde ſeinem tödtlich verwundeten Cameraden auf ſeine Bitte den Reſt gibt, blos um ſeine Qualen früher zu enden, nicht als doloſer Todtſchläger beſtraft werden durfte, nicht minder aber, daß die civilrechtlich dem dolus ganz gleich erachtete culpa lata in ihrem Extreme, wo ſie unter der Geſtalt unſers dolus eventualis, den man in den Erfolg als einwilligend annehmen darf, die Stärke des böſen Willens genügend bewährt hatte, auch im Strafrechte gleichgeſtellt wurde.

Daß, wie geſagt, beim dolus die charakteriſtiſchen Bedingungen der culpa im weiteſten Sinne zutreffen, darüber wird ſich auch der Mann, der blos ſpeculirt und mit abgezogenen Begriffen ſpielt, nicht leicht an Schwierigkeiten ſtoßen. Denn da haben wir nicht blos eine Schlechtigkeit, ſondern eine Stärke des böſen Willens, welche zu der Widerrechtlichkeit antreiben und deren Spannkraft eine Reaction in der Rechtsordnung hervorrufen muß. Selbſt im Strafrechte hat die Abſchreckungs- oder pſychologiſche Zwangstheorie hier nicht Urſache, ihre Conſequenz zu verleugnen, weil hier ein Inneres dem Aeußeren, oder dem objectiven Thun und Laſſen, womit man allein eine Drohung verbinden kann, welche gegen den Gewarnten das Recht der Zufügung erſt begründen ſoll, vollkommen entſpricht. Aber wie läßt ſich eine ſolche Theorie in ihrem Geiſte anwenden, wenn der Handelnde ſich gerade derjenigen Widerrechtlichkeit, für welche er, ſei es auch in geringeren Graden, eigentlich büßen ſoll, ſich gar nicht bewußt geweſen, oder, wenn er ſie auch als möglich vorausſah, dieſelbe wenigſtens nicht bezweckt hat, und folglich auch durch keine darauf geſetzte Drohung gewarnt werden konnte, weil dieſe Widerrechtlichkeit aus einem ganz anderen, an ſich nicht beſonders bedrohten Unternehmen erfolgte? — Und wie laſſen ſich geſetzliche Drohungen in das Unendliche durchführen, oder wie läßt ſich eine poſitive Drohung in eine unbeſtimmbare Mannigfaltigkeit von Fällen ausdehnen, in denen man nothwendig

den Bedrohten als Geſchäftsmann in Sachen des Rechtes, als ſeinen eigenen Geſetzgeber vorausſetzen muß, den der Richter nach dieſem jeder Berechnung ſpottenden und unmöglich vorzuſehenden eigenen Maßſtabe beurtheilen muß? — Verbindet man damit eine einſeitige Rechtsphiloſophie, welche das Recht von der Sitte mit einer zu ſchneidenden Schärfe trennte, in der Rechtslehre von der Idee der Freiheit, als einem tranſcendenten Begriffe, und von jeder Forderung einer über der Furcht ſtehenden edleren Triebfeder, als einer Verunreinigung der Wiſſenſchaft abſtrahirt wiſſen wollte, ſo konnte es nicht an ſpeculativen Zweifeln darüber fehlen, ob die juridiſche Zurechnung über den dolus hinausgehe. Wirklich haben wir einen ſchriftſtelleriſchen Verſuch, welcher die culpa als reinen *Verſtandesfehler*, der ſich nur uneigentlich zurechnen laſſe, darſtellt und ſie als eine der Jurisprudenz untergeſchobene Geburt der Zuchtpolizei behandelt[4]), freilich aber auch in manchen ſophiſtiſchen Vorausſetzungen abſpringt. Daß das claſſiſche Alterthum ſich in der Speculation ſo weit nicht verſtiegen hat, lag ſchon in ſeiner Ethik, welche unter den vier Cardinaltugenden, welche der ſeiner eigenthümlichen Natur gemäß lebende Menſch zu cultiviren habe, neben der Gerechtigkeit und Mäßigung, auch die *Klugheit* und *Tapferkeit* entwickelte, und der geſunde Verſtand wird ihm beipflichten, weil nun einmal ein gewiſſer Grad von Unbeſonnenheit und Bethörung in der Welt nicht weniger Uebel anrichtet, als die Bosheit, und weil Schwäche eben ſo wohl grauſame als ſchändliche Handlungen hervorbringt, obgleich ſich nicht verkennen läßt, daß Einſicht und Geiſtesgegenwart ſo ſehr vom Talente, als Muth, Entſchloſſenheit und Beharrlichkeit von der Eigenſchaft des Temperaments abhängen, die ſich nicht Jeder geben kann, und daß eine billige Beurtheilung hierin nicht Alle gleich behandeln darf. Es darf daher nicht befremden, wenn unſer corpus iuris es als etwas ſich von ſelbſt Verſtehendes vorausſetzt, daß die Unkenntniß, die Unerfahrenheit, die Ungeſchicklichkeit, die Schwäche ꝛc. ſo gut verantwortlich machen *können*, als die Einmiſchung in Dinge, die uns nicht angehen, und die Ausſchweifungen aus der eigenen Rechtsſphäre, möge ſich auch der Uebermuth dieſelben nur als ungebührlichen Scherz erlauben, ohne an die daraus erfolgenden Nachtheile zu denken.

Zwei Hauptgrundſätze dürften bei der Zurechnung nicht gewollter oder nicht bedachter *Folgen* leitend ſein. Erſtlich, iſt die Handlung ſo beſchaffen, daß der Handelnde ſich der *objectiven* Widerrechtlichkeit derſelben bewußt ſein mußte, ſo muß er dieſe Folgen mindeſtens privatrecht-

4) Unterſuchungen über das culpoſe Verbrechen von L. H. v. *Allmendingen*. Gießen 1804. Ein Hauptfehler, deſſen Einſicht den Verf. wahrſcheinlich auf andere Gedanken gebracht hätte, iſt der, daß er die *nahe* culpa, wo der Handelnde die Folge als blos *möglich* vorausſieht, ſchon für dolus, und blos die *entfernte* culpa für eine reine hält. Da aber auch die letzte eine grobe ſein kann, weil es Thatſache iſt, daß die Kraft eines redlichen Willens durch die Nähe des Uebels auch die Vorſtellung deſſelben geweckt haben würde, ſo hätte es nur noch eines Schrittes bedurft, um einzuſehen, daß nicht jeder Irrthum als unſchuldig betrachtet werden darf. Indeſſen bleibt dieſer Schrift das Verdienſt, das Ungenügende der gewöhnlichen Deductionen aufgedeckt zu haben.

ſich vertreten, ſobald ihr Cauſalzuſammenhang ein unmittelbarer iſt, beſonders wenn dadurch eine Sache oder Perſon **körperlich** verletzt, verderben oder Jemand um eine körperliche Sache ſo gebracht wird, daß ſie für ihn unter den Umſtänden unwiederbringlich verloren iſt, kurz im Falle der **lex Aquilia** und der dieſer analog nachgebildeten Entſchädigungsklagen. Einer objectiven Widerrechtlichkeit ſteht aber ſchon jede Freiheit gleich, welche man ſich auf einem fremden Rechtsgebiete herausnimmt, eben das, was die Pandektenfragmente bald als **lascivia**, als **lusus noxius**, bald als ein **immiscere rei ad se non pertinenti, in re aliena quid committere etc.** bezeichnen. So unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß derjenige, welcher in einem fremden Hauſe eine Stubenthür öffnet, ohne, ſo weit es die Sitte fordert, was freilich bei einer, jedem Gaſte die Erlaubniß zum Eintritt im Voraus geſtattenden, Wirthsſtube der Fall nicht wäre, vorher anzuklopfen, den Schaden erſetzen muß, wenn er mit der geöffneten Thüre einen Präſentirteller mit Porzellan anſtößt, den ein Bedienter in der Hand trägt, mag man ihm gleich ohne Betheurung glauben, daß er an einen ſolchen Zufall entfernt nicht gedacht hat. Sollte auch der Bediente ſich dem Aufſchlag der Thüre, durch die auch Hausgenoſſen eingehen konnten, zu unvorſichtig genaht haben, dieß begründet, da das von der guten Sitte geforderte Klopfen gewarnt haben würde, für den Hausherrn nur die Wahl, an wen er ſich halten will. Ebenſo muß derjenige, welcher ſich den an manchen Orten im Schwange gehenden und gewöhnlich unſchädlich ablaufenden Scherz erlaubt, Jemandem Erbſen an die Fenſter zu werfen, es unſtreitig entgelten, wenn durch einen noch ſo ſeltenen und von ihm unmöglich zu errathenden Zufall unter die Erbſen in ſeiner Taſche Kieſelſteinchen gerathen, welche, ohne daß er ſie in der Hand gewahr wurde, die Scheiben zertrümmern, und da die Neckerei auf einen vorübergehenden Schrecken der Hausbewohner berechnet iſt, ſo iſt, obgleich hier die alten Juriſten nach ihrer Subtilität ſchon verſchiedener Meinung geweſen ſein dürften, wohl auch der Schaden zu vertreten, welcher daraus entſteht, daß ein Weibsbild in dieſem Schrecken etwas fallen läßt. Wenn aber der Geneckte ſich über die Poſſe entrüſtet, den Urhebern derſelben nachläuft, darüber das Feuer zu verwahren vergißt, oder eine ihm einträgliche oder ihm eine Strafe zuziehende Verrichtung verſäumt, ſo kommen dieſe blos mittelbar veranlaßten Nachtheile nicht in Betrachtung, obgleich das unmittelbar Zerſtörte mit allem damit zuſammenhängenden Intereſſe erſetzt werden muß, welche ſchwierige Lehre von uns unter eigenem Artikel erörtert werden wird. Genug der in **illicito** Verſirende muß jeden Schaden, ohne Unterſchied, ſei er **damnum emergens** oder **lucrum cessans iam certum**, vertreten, der als nächſte Folge ſeines Treibens zu betrachten iſt und keiner nicht **erſt dadurch** in Wirkſamkeit geſetzten Zwiſchenurſache zu ſeinem Eintritt bedarf, ohne daß es auf Einſicht und Vorausſicht dieſer Folgen ankommt, und dieſer erſte Grundſatz [5]) iſt der Schlüſſel zu **L. 44. D. ad legem Aquiliam**

5) Gern kehren wir in dieſer Beziehung zu v. **Löhr**, Theorie der Culpa, S. 41 u. 42, zurück, welcher in der Sache mit uns übereinſtimmt. Noch kla=

(9. 2.) und dem darin gebrauchten Superlativ: in lege Aquilia et **leviſsima** culpa venit. Sehr irrig würde man ſie auf den Grad der ſubjectiven Widerrechtlichkeit beziehen, als ob da, wo es ſich von angerichtetem Schaden handele, die Zurechnung über alle Grenzen ausgedehnt werden dürfe. Sie iſt vielmehr von jeder objectiven Widerrechtlichkeit, von jedem Eingriffe in fremde Rechte, jeder Ungebühr und Eigenmächtigkeit, welche der Handelnde ſich nicht verſchweigen konnte, zu verſtehen, mag auch derſelbe keine Ahnung gehabt haben, daß ſein Treiben ſo ausgehen oder ein ſolches Ende nehmen werde. So ſetzt ſich nach der L. 7. §. 5. eodem derjenige, welcher einem fremden Sclaven einen leichten Streich verſetzt hat, nicht etwa blos einer Klage wegen der von ihm eigentlich bezweckten Injurie von Seiten des Herrn, ſondern der Klage auf Wertherſtattung mit allem Intereſſe aus, welches Intereſſe bei einem noch ſo geringen Werthe eines kranken Sclaven doch von Bedeutung ſein konnte, im Falle derſelbe zum Erben eingeſetzt und die Erbſchaft bereits angefallen war, wenn dieſer Streich dem Sclaven unglücklicher Weiſe individuell tödtlich geworden iſt, und ähnliche Beiſpiele, daß Jemand einen bloßen Muthwillen ſehr empfindlich büßen muß, kommen unter dieſem Titel genug vor.

Dieſer motus ponens imputationis trägt folgende Einſchränkungen in ſich. 1) Wenn mit ausdrücklicher oder ſtillſchweigender Einwilligung, oder gar auf Geheiß des Beſchädigten gehandelt wurde, und dieſer über das Seine zu verfügen berechtigt war. Als Beiſpiel ſtillſchweigender Einwilligung dient der Fall, wenn Jemand, der ſich mit uns im Ringen übt, oder irgend ein Kampfſpiel eingeht, von uns ohne unſere Abſicht an ſeiner Perſon oder nach den Geſetzen des Spieles an ſeinen Sachen verletzt worden iſt. 2) Wenn der Beſchädigte ſich in gleicher Schuld befand, deren Retorſion er ſich nach dem Grundſatze der Rechtsgleichheit gefallen laſſen mußte, wie es namentlich bei einer Schlägerei der Fall, die der Verletzte ſelbſt angefangen hatte. Die Hauptſtelle hierüber iſt die L. 52. §. 1. D. 9. 2.[6]). Endlich aber da 3) in ſo weit Zu-

---

rer ſpricht ſich übrigens Hagemeiſter, a. a. O. S. 147, 148, darüber aus. Ueber die bei Haſſe, S. 1, §. 8, N. 2, bemerkte Streitfrage, ob zwiſchen dem causam damni praestare und dem occasionem damni praestare der L. 30. §. 3. eodem ein Unterſchied ſei, müſſen wir ſeiner Bejahung gegen den halliſchen Rec. beipflichten. Erſteres bezieht ſich auf die volle Urſache, Letzteres auf einen hinzutretenden äußeren Umſtand, der den Schaden vermittelte. Dieſe hinzutretende Urſache muß aber zur Zeit der ſchädlichen Handlung ſchon vorhanden geweſen und dadurch in Wirkſamkeit geſetzt ſein. Deswegen finden wir zwiſchen dieſer Geſetzſtelle und der L. 57. D. locati keinen Widerſpruch. Zur Zeit der Anhäufung der Erde an die Mauer war keine Näſſe vorhanden und dieſe trat erſt durch eingefallenes anhaltendes Regenwetter ein. Das Factum der lex Aqu. war alſo ſo wenig vorhanden, als bei dem Anzünden der Saat an einem windſtillen Tage, oder in dem §. 5 der L. cit. 30., wenn der blos verwundete Sclave hinterdrein durch Vernachläſſigung dieſer an ſich nicht lebensgefährlichen Wunde umkommt, welche von einer auch nur individuell tödtlichen Verletzung ſehr verſchieden iſt. Die gleiche Unterſcheidung haben die Criminaliſten bei dem Thatbeſtande der Tödtung ſtets anerkannt. Vgl. württ. St.-G. 2. Art. 235.

6) Consulebat num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior

rechnung erforderlich bleibt, als Jemand der Unerlaubtheit ſeines Treibens ſich im Allgemeinen bewußt geweſen ſein mußte, wenn er gleich den in eine größere Widerrechtlichkeit ausartenden Erfolg nicht vorausgeſehen, ſo kann ſo wenig in dieſer, als in der folgenden Beziehung von einer culpa die Rede ſein, wenn der Urheber des Schadens ein Wahnſinniger, ein Kind oder ein noch nicht zur Unterſcheidung gelangter Unmündiger, und folglich einer ſubjectiven Widerrechtlichkeit gar nicht fähig war. Man hüte ſich aber ja, dieſe die Regel beſtätigende Ausnahme abſoluter Unfähigkeit auf einen bloßen die Zurechnung vorübergehend auf Null herabſetzenden Zuſtand auszudehnen, welcher vor dem Criminalrichter von Strafe befreit. Wer, um ſich aus einer Lebensgefahr zu retten, eine fremde Thüre eintritt oder in einer anderen Noth fremdes Eigenthum zerſtört oder entwendet, bleibt civilrechtlich zum Schadenerſatze gehalten, ſo ungroßmüthig auch eine ſolche Anforderung unter Umſtänden erſcheinen kann, und dieß geht ſo weit, daß ſogar derjenige, welcher ſich im Stande der Nothwehr befindet, dafür verantwortlich gemacht wird, wenn er durch einen Steinwurf, welcher dem Angreifer galt, einen Vorübergehenden getroffen hat, L. 45. §. 4. D. eodem, wiewohl es auch, gleich einer anderen Ausnahme von der Regel: casum sentit dominus, nämlich der Erſatzpflicht des Miethers eines Grundſtücks für Bäume, welche feindſelige Menſchen aus Privathaß gegen ſeine Perſon oder ihm zum Poſſen verderben, als ein dieſe Perſon treffender Zufall betrachtet werden kann. Ganz im Einklange hiermit behaupteten unter den caſſiſchen Juriſten Labeo und Servius, daß zwar die Obrigkeit berechtigt ſei, einer Feuersbrunſt durch Niederreißen von Häuſern Einhalt zu thun, daß aber ein Privatmann, der ſich dieß an fremdem Eigenthume zur Rettung des ſeinigen erlaube, erſatzpflichtig bleibe, wenn das Feuer früher gelöſcht worden ſei, bevor es das niedergeriſſene Gebäude erreichen konnte. Ulpian und Celſus entſchieden jedoch für das Gegentheil und ſcheinen durch Juſtinian gebilligt (v. Löhr a. a. O. S. 95 flg.). Allein es bleibt doch immer zweifelhaft, ob die erſte Anſicht nicht unſeren heutigen Grundſätzen mehr entſpricht, und ob die letzte nicht jedenfalls dadurch weniger praktiſch wird, daß der Fall ſich nicht leicht ereignen wird, daß ſo etwas geſchieht, ohne der ſchon anweſenden Polizei vorzugreifen oder deren Genehmigung zu haben, worauf es einzig ankommen wird.

Die erſte dieſer Einſchränkungen erklärt ſchon aus dem blos objectiven Standpunkte den Einfluß, welchen Vertragsverhältniſſe auf die Verantwortlichkeit für einen ohne ſchlimme Abſicht aus unſeren Handlungen entſtehenden Schaden haben, und daß derſelbe dieſe Verantwortlichkeit eben ſowohl entfernen, als herbeiführen kann. Entfernt wird dieſe Verantwortlichkeit dadurch, daß das Obligationsverhältniß dem Contrahenten durch

---

flagello percussus esset? — Respondi: nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere. Sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri. Vergl. noch L. 7. §. 4. eodem.

die Erlaubniß und Einwilligung des Eigenthümers ein Recht gibt, ſich mit einer fremden Sache zu befaſſen, und dem bloßen Umgehen mit derſelben jedes Bewußtſein der Unerlaubtheit benimmt, wie ſolches Hagemeiſter in der oben citirten Abhandlung mit großer Klarheit entwickelt hat. „Wer z. B. die Uhr eines Anderen ohne Vorausſetzung eines Obligationsverhältniſſes in die Hand nimmt und ſie repetiren läßt, dabei aber, weil er mit dem eigenthümlichen Mechanismus derſelben nicht bekannt iſt, das Werk beſchädigt, iſt unſtreitig zur Entſchädigung verpflichtet. Wird es aber auch der ſein, der von dem Anderen die Uhr, als Repetiruhr gemiethet hat, und nun, unbekannt mit jenem eigenthümlichen Mechanismus derſelben, die nämliche Handlung vornimmt und auf die nämliche Art beſchädigt? — Sicher nicht, ſo lange nicht andere Umſtände hinzukommen, z. B. Belehrung über jenen eigenthümlichen Mechanismus. Ferner, wer ohne alles mitvorhandene Obligationsverhältniß den koſtbaren Spiegel des Anderen, etwa um einem Dritten ſeine Stärke zu zeigen, aufhebt, fallen läßt und zerbricht, wird unſtreitig und ohne Weiteres zur Entſchädigung ſchuldig ſein. Wird man aber auch denjenigen ohne Berückſichtigung anderer Umſtände dazu ſchuldig halten, der den Spiegel ſeines Nachbars bei entſtandener Feuersbrunſt wegbringen will, ihn aber, weil ihm die Laſt auf die Länge zu ſchwer wird, oder im Gedränge, fallen läßt und zerbricht?" Er bezieht ſich dabei auf **L. 3. §. 9. D. de negot. gest.** und **L. 151. de regulis iuris** und führt weiter aus, wie viel es darauf ankomme, daß ihn der Contract auch wirklich ermächtigte, gerade ſo mit der Sache umzugehen oder ſie ſo zu gebrauchen. Noch ſchreiender wäre das oben angeführte Beiſpiel einer durch einen leichten Streich herbeigeführten individuell tödtlichen Verletzung eines Sclaven, der Jemand in Aufſicht oder Lehre gegeben war, und dem dieſer Streich als wohlverdiente Züchtigung beſtimmt war, welchen derſelbe Schriftſteller hervorhebt.

Umgekehrt können aber auch Obligationsverhältniſſe eine ſolche Verantwortlichkeit für das **periculum casus** herbeiführen. Feuer auf einem Herde oder in einem Camine anzumachen, das man ſeiner Beſtimmung nach als unſchadhaft eingerichtet vorausſetzen darf, iſt gewiß keine Handlung, welche die ſtrengſte Polizei zu verbieten ſich einfallen laſſen wird. Aber wenn ein Gebäude mit der ausdrücklichen Bedingung vermiethet wurde, daß darin kein Feuer gehalten werden ſoll, ſo wird Jeder mit der **L. 11. §. 1. D. locati** übereinſtimmen, daß der Miether für die daraus entſtandene Feuersbrunſt einſtehen müſſe, mag dieſe auch aus einem Fehler der Feuerſtätte entſtanden ſein, der ſo verborgen war, daß ihn der Miether unmöglich gewahr werden konnte. Der Entſcheidungsgrund, **quia non debuit ignem habere**, genügt, und wenn der Eigenthümer ſelbſt an dem Mangel der Feuerfeſtigkeit Schuld trägt. Ebenſo kann derjenige, welcher die commodirte Sache mit auf Reiſen nimmt, die höchſte Sorgfalt in ihrer Verpackung und Verwahrung anwenden, und muß dennoch für außerordentliche Zufälle, für **mortes servorum, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium etc.** einſtehen, ſobald ihm die Sache nicht zu dieſer Reiſe geliehen war, wenn

er z. B. ein Silberſervice ſich ausgebeten hatte, um gute Freunde zu Hauſe zu einem Gaſtmahle einzuladen. Die bloße Eigenmächtigkeit genügt, ſollte er auch ſich überredet haben, daß es dem commodans nicht darauf ankomme, folglich in ſpecieller Beziehung auf den eingetretenen Erfolg in ſubjectiver Hinſicht jede von Menſchen zu fordernde Zurechnung verſchwinden. L. 1. §. 4. D. de oblig. et act. (44. 7.) L. 18. pr. D. commodati. (13. 6.)

Iſt nun aber die Handlung, welche Jemand thut oder läßt, nicht von der unzweideutigen Beſchaffenheit, daß ſie in ihrer Erſcheinung ſchon an ſich eine objective Unerlaubtheit oder Widerrechtlichkeit ausdrückt, die er nicht verkennen durfte, befand er ſich ſcheinbar in ſeinem Berufe in dem Gebrauche ſeines eigenen Rechtes, oder der durch ein Obligationsverhältniß auf eine fremde Rechtsſphäre eingeräumten Befugniſſe, ſo müßte nach dieſem Grundſatze eigentlich jede Imputation nicht bedachter oder nicht gewollter Folgen verſchwinden, wenn dieſer einzige Grundſatz unſere Lehre erſchöpfte, und wenn es nicht eine innere Widerrechtlichkeit gäbe, welche ſich nicht mit dem Rechtszuſtande verträgt, und welche die menſchliche Freiheit in Anſpruch zu nehmen erlaubt. Wir müſſen hier davon ausgehen, daß der Rechtszuſtand nicht blos in der Körperwelt wohnen, ſondern als Bürgſchaft für die Verpflichteten, welche ihrerſeits als Rechtsſubjecte anerkannt ſein wollen, und zur Sicherheit für die Berechtigten, damit dieſe das Ihrige in Ruhe genießen, auch in den Gemüthern ſo einheimiſch werden ſoll, daß nicht blos die äußere Handlung, ſondern der ganze Charakter geſetzlich ſei, daß ferner eigene und fremde Rechte ſich durch die ſie verwirklichenden Objecte ſo durchdringen, daß es nicht unbedingt geſtattet werden kann, in der Ausübung der erſten die anderen zu ignoriren, als ſeien wir allein auf der Welt. Eine eiſerne Nothwendigkeit kann unter erbitterten politiſchen oder religiöſen Parteien, die ſich als Todtfeinde haſſen, oder als Ruchloſe verdammen, nach fruchtloſen Kämpfen, um ſich wechſelſeitig zu unterdrücken, einen Frieden in ſcheinbarer Ruhe herbeiführen, der aber ſo wenig aufrichtig gemeint iſt, daß er in der That nur ein Waffenſtillſtand zu nennen, wobei im Stillen Jeder nur darauf ſinnt, friſche Kräfte zu ſammeln und die Gelegenheit zum Losbrechen zu erwarten. Eben ſo hat ſchon im Mittelalter der Welthandel und die Märkte Chriſten, Juden, Türken und Heiden durch die bloße Triebfeder des Eigennutzes in einem commerciellen Verkehr vereinigt, ſo ſehr ſie ſich innerlich als Unreine verachteten, und ſo wenig ſie ſonſt geneigt waren, ſich auf gleichem Fuß zu behandeln. Es läßt ſich überhaupt nicht verkennen, daß das Recht ſeinen unterſcheidenden Charakter von der Moral verlieren würde, welcher vor dem Extreme, keine mit unſerer irdiſchen oder gemeinen Natur unverträgliche Selbſtverleugnung zu fordern, bewahren muß, wenn es nicht zugleich auf diejenigen Geſetze der Gleichheit zurückgeführt wird, welche den Menſchen das Schickſal dictirt, oder welche ſchon der bloße Egoismus anzuerkennen geneigt iſt. Allein dieſe äußere Nothwendigkeit erſchöpft nicht einmal das Materielle deſſelben vollſtändig, und kann noch weniger die zu ſeiner Beſtändigkeit und Fortbildung nöthigen Elemente gewähren. Dieſe ſind aus unſerer edleren Na-

tur zu ſchöpfen, welche aus der Noth eine Tugend macht und jene Rückfälle auf die Dauer verhütet, welche uns durch ſo harte Lehren empfindlich werden würden.

Ohne in dieſe epiſodiſchen Betrachtungen tiefer einzugehen, genügt es hier, um zu unſerem zweiten leitenden Grundſatze überzugehen, daß das Rechtsgeſetz in dem Sinne, in welchem es von Grolman [7]) zu entwickeln verſucht hat, ein Willensgeſetz iſt. Kann gleich Niemand ſeiner bloßen widerrechtlichen Geſinnung wegen vor dem äußeren Forum in Anſpruch genommen werden, ſo lange dieſe Geſinnung Niemand ſchädlich geworden iſt, verfällt ſelbſt die ſtärkſte Neigung zu einem Verbrechen, ja der gefaßte Entſchluß, ein Verbrechen begehen zu wollen, ſo lange der Wille noch in keine That ausgebrochen iſt, nicht einmal dem Strafrichter, dem übrigens ſolche Geſinnungen durch Drohung, Berühmung oder auf andere Weiſe ſchamlos oder unwillkürlich blosgegeben, als Indicien wichtig werden können, ſo ſind doch jene Anſprüche wegen jeder ſchädlichen Begehungs- oder Unterlaſſungshandlung begründet, welche, wenn auch keine böſe Abſicht des Handelnden, wohl aber einen Mangel der von jedem Biedermanne zu erwartenden und zu fordernden rechtlichen Geſinnung beweiſt. Dieſer Mangel iſt am offenbarſten bei der ſogenannten nahen, oder wie ſie Bauer nennt, bewußten Fahrläſſigkeit, wenn er den Erfolg als möglich vorausſah, und dennoch die Handlung, die er unterlaſſen konnte und deren Unterlaſſung ihm billig zuzumuthen war, unternahm, mochte er ſich auch leichtſinnig überreden, ſie werde glücklich ablaufen. Denn dann beweiſt er eine Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg, die ſich derjenige, dem es Ernſt gilt, den Schaden Anderer zu vermeiden, nicht beigehen laſſen wird, und v. Allmendingen konnte ſein Paradoxon nicht durchführen, ohne dieſen Fall zu allgemein für dolus eventualis zu erklären, was jedoch in den meiſten Fällen zu hart wäre, und bei der entfernten Wahrſcheinlichkeit eines großen, ſo wie bei der nahen Wahrſcheinlichkeit eines geringen Uebels, beſonders wenn ſie durch einen an ſich unſchuldigen Endzweck verdunkelt werden konnten, nicht einmal als Präſumtion zu rechtfertigen iſt. Dieß iſt keine andere, als die ſogenannte culpa lata, welche nach Obigem die Alten zwar dem eigentlichen dolus noch entgegenſetzen, doch aber mindeſtens civilrechtlich ganz gleich ſtellen, weil ſie in der Regel darin, wenn auch noch nicht die zum erſteren erforderliche Stärke des böſen Willens, doch eine, wie Haſſe es wahr ausdrückt, erbärmliche Geſinnung erkennen, welche an den böſen Willen nahe angrenzt. Indeſſen umfaßt ihr ſehr weiter Begriff nicht blos den unvermeidlichen und wahrſcheinlichen, ſondern unter Umſtänden auch den als blos möglich vorausgeſehenen Erfolg, deſſen Eintritt mehr Chancen gegen, als für ſich hat, ſobald derſelbe ein ſolches Uebel iſt, dem der zunächſt intentirte Zweck nach der Maxime: ingentis mali etiam non magna verisimilitudo curam cavendi excitat, untergeordnet und geopfert werden mußte. Der Schütze, welcher außer der Zielſtatt an Orten, wo er ſich verſehen kann, daß Leute wan-

7) Deſſen Magazin für Philoſophie und Geſchichte des Rechtes, Bd. I. Stück 2 u. 3. Grundſätze der C.-R.-Wiſſenſchaft, 1. Th. 1. Abth. B. 1.

deln, ſeine Schießübungen treibt, kann, wenn er ſich vorſieht, Niemand zu treffen, zwanzig Mal glücklich abfeuern, und dennoch iſt er in culpa lata, „wenn ihn Jemand unterläuft,“ da er ſein Schießen bleiben laſſen oder an einen ſicheren Ort gehen konnte. Anders der Jäger in ſeinem Berufe, welcher auf ein verfolgtes Wild ſchießt und einen armen Holzhauer trifft, den er hinter dem Buſchwerke nicht bemerkte. Denn da müßte man das Jagen aufgeben, wenn man vorher ſchreien müßte, ſind keine Leute im Walde. Als *Präſumtion* für die Wiſſenſchaft gilt bekanntlich das id non intelligere, quod omnes intelligunt. Größer iſt freilich die Schwierigkeit, wenn wir, wie bei dem ſeinen eigenen Hals riſkirenden ungelernten Kutſcher vorausſetzen dürfen, daß der Handelnde an den nicht gewollten Erfolg gar nicht gedacht hat, daß ihm die Wahrſcheinlichkeit oder Möglichkeit deſſelben gar nicht in den Sinn kam, was freilich eine aus obiger Regel häufig, aber doch nicht immer zu verwerfende Entſchuldigung ſein wird. Wenn wir den vorhin genannten Schriftſteller anhören, ſo wäre „jeder Act des Erkenntnißvermögens völlig unwillkürlich. Es ſei eine dem gemeinſten, wie dem erhabenſten Verſtande ſich aufdringende *Thatſache* des Bewußtſeins: was ich *in dieſem Momente* ſehe, muß ich ſehen, was ich nicht ſehe, das kann ich nicht ſehen. — Es gebe keinen *Irrthum*, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einſehen können.“ Allein dieſes Raiſonnement verkehrt den Menſchen in einen geiſtigen Automaten, der von ſeinen Vorſtellungen, wie im fixen Wahne, beherrſcht wird, ſtatt daß im freien Menſchen die Vorſtellungen dem Geiſte als Diener und Boten gehorchen. So lautet freilich die Sprache eines entſchiedenen Determinismus, welcher jedoch conſequent den Verſtand dem Willen nicht entgegenſetzen und den praktiſchen Glauben an unſere Freiheit, auf dem alle Zurechnung beruht, und womit ſich der Mann von blos geſundem Verſtande zu allen Zeiten beholfen hat, überhaupt verleugnen muß. Glücklicher Weiſe iſt dieſer Glaube auch vor der Speculation geborgen, weil die *Thatſache*, welche er anruft, nichts weniger als ausgemacht iſt. Es iſt eine alte Streitfrage, ob die moraliſche Verbeſſerung dem Verſtande oder von dem Willen den Anfang machen müſſe, und dieſe Streitfrage wird nie entſchieden werden, ſo gewiß für das Eine das ignoti nulla cupido, und für das Andere das quae volumus, credimus libenter und die spes addita suscitat iras ſpricht, des qui amant, ipsi sibi somnia fingunt, des video meliora proboque, deteriora sequor, nicht zu gedenken. Gerade die Erfahrung, daß weder das Wollen dem Erkennen, noch das Erkennen dem Wollen nach einer feſten Regel folgt, obgleich ihr wechſelſeitiger Einfluß unverkennbar iſt, kündigt uns als Weſen an, welche in der von unſerem Geſchlechte die augenſcheinlichſten Rückwirkungen empfangenden phyſiſchen Welt eine moraliſche auszubilden vermögen, von denen mindeſtens ſoviel abhängt, ſich durch Zeit und Schickſal leiten zu laſſen, ſtatt durch dieſelben fortgezogen zu werden. Wäre das Eine oder das Andere, das Erkennen oder das Wollen, das Erſte, ſo wären wir entweder geiſtige Automaten, oder blinden Trieben unterworfen. Nicht nur das Wollen, ſondern auch das Erkennen gehört dem freien Geiſte an, da bekanntlich das Letztere das individuelle Product

von Verſtand und Sinnen, von Vernunft und Erfahrung iſt, ohne daß ſich der relative Antheil ausmeſſen läßt, welchen jeder dieſer Factoren dazu beiträgt, und ob wir am meiſten mit dem Einen oder dem Anderen ausrichten. Wie erklärten ſich ſonſt die Wunder, welche der Mangel eines einzelnen Sinnes dadurch entwickelt, daß er durch Schärfung der übrigen erſetzt wird. Die Offenheit des Sinnes correſpondirt immer einer Thätigkeit des Geiſtes, und wo wir ganz Auge und Ohr zu ſein glauben, da iſt hinter der Couliſſe der letztere am geſchäftigſten, und das iſt noch keine Vorſtellung, wenn ſich, ohne daß wir darauf merken, das Bild eines Gegenſtandes auf der Netzhaut unſeres Auges abmalt. Sehen wir freilich auf den Augenblick, ſo hat die Einſicht, welche das Gute und Böſe unterſcheidet, ſo wenig mehr von uns abgehangen, als die Neigung des Willens, welcher die Wahl trifft. Aber unſer beſſeres Selbſt gehört nicht blos dem Augenblick, ſondern der Ewigkeit an, und konnte in Zeiten für Beides ſein, da das, was wir ſelbſt ſind, doch in der Regel mehr von dem abhängt, was wir aus uns gemacht haben, als von äußeren Umſtänden. Gerade weil die Zurechnung Freiheit im edelſten Sinne, nämlich jene Spontaneität des Erkennens und Wollens poſtulirt, welche wir uns ſelbſt zu geben vermögen und die Herrſchaft über angewöhnte Vorurtheile und Neigungen, wie über unſere Affecte möglich macht, darf auch die juridiſche Verantwortlichkeit nicht blos darauf eingeſchränkt werden, daß wir wußten, was wir thaten, und die gewußte That gewollt haben, ſondern ihr Gebiet erweitert ſich durch eine Art von innerer culpa in non faciendo, durch den Anſpruch auf jene unwillkürlichen Geiſtesthätigkeiten, auf eine diligentia, welche nicht gefehlt hätten, wenn es dem Handelnden mit der Maxime der Vermeidung fremden Schadens ein rechter Ernſt geweſen, und dieſelbe durch Selbſtbeſtimmung in ihm zum Charakter, zur Gewohnheit, zur anderen Natur geworden wäre. Daß eine ſolche Zumuthung nicht zu hoch geſteigert werden darf, und die individuelle Bildungsſtufe, ſowie die Zeit und Gelegenheit, die Jemand gehabt hat, den inneren Menſchen in ſich auszubilden, billig berückſichtigen muß, liegt zwar ſehr nahe; daß ſie jedoch mit dem nicht minder in Anſchlag zu bringenden Triebe der Selbſterhaltung, welche in jedem Rechtsſubjecte die Eigenliebe und die Sorge für die eigenen Angelegenheiten zunächſt in Anſpruch nimmt, nicht unvereinbar iſt, liegt ſchon darin, daß ſie auf etwas Inneres, Freies und blos Geiſtiges gerichtet iſt, wofür der Menſch ſein kann, daß es ihm von ſelbſt kommt, ohne daß die poſitive Geſetzgebung ſeine Schritte und Tritte mit beſtimmten Vorſchriften oder Verboten, wie mit Fußangeln zu beſtreuen braucht, die, je detaillirter ſie wären, ängſtliche Gemüther durch ihre Laſt erdrücken und dennoch dem Gewiſſenloſen Stoff geben würden, ſich aus der Schlinge zu ziehen, weil bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Fälle der ſeinige keiner der geſetzlich vorgeſehenen ſei. Der Bauer, der am Jahrmarkte eine zerbrechliche Sache auf ſeinem Reff trägt, hat darum nicht nöthig, mit einer ſeine ganze Seele erfüllenden Sorge nur an ſie zu denken und darüber ſeine übrigen Geſchäfte zu verſäumen. Er überläßt ſich ihrer Zerſtreuung, weil er ſich darauf verlaſſen darf, daß die Erinnerung deſſen, was er trägt,

ihn wecken wird, wenn es Zeit iſt, ſich aus dem Gedränge zu ziehen. Dieſe Spontaneität verbürgt ihm das ernſte Anliegen, die Sache ganz zu erhalten, auf der einen, und auf der anderen Seite die Allgegenwart des Geiſtes in dem Ideenkreiſe, welcher ſeine kleine Welt bildet, aus welcher das Intereſſe die dunkelſte Vorſtellung unwillkürlich hervorruft. Es kann daher keine die Ausübung des eigenen Rechtes oder der natürlichen Freiheit verkümmernde Zumuthung ſein, wenn wir fordern, daß Jeder an dem Rechte ſeiner Nebenmenſchen auf Daſein und Wohlſein das gleiche Intereſſe nehme, welches er für das eigene verlangt, und vorausſetzen, daß wenn ihn auch das von ihm bezweckte ziemliche und unverbotene Werk, ja vielleicht unzulängliche Vorſichtsanſtalten gegen den Vorwurf einer bewußten Fahrläſſigkeit oder gar eines ſchlimmen Vorſatzes in den Schutz nehmen, ihm doch die Einſicht oder die Vorausſicht der nicht bezweckten Folgen, welche Andere in Schaden oder Nachtheil gebracht haben, von ſelbſt gekommen wäre, wenn er jenes Intereſſe gehabt hätte. Es iſt kein reiner Verſtandesfehler, es iſt die Kraft und die Energie des Willens, deſſen eigenthümliche Beſchaffenheit den Mann von Charakter ausmacht, welchen wir hier vermiſſen und zurechnen. Es war daher nicht uneben, wenn Grolman[8]) den dolus als Feindſchaft, die culpa aber als Mangel an Freundſchaft gegen Recht und Geſetz bezeichnete.

Auch die Speculation ſöhnt daher vollkommen mit den Beſtimmungen unſeres beſtehenden Rechtes aus, dieſes begnügt ſich vorerſt nicht mit dem Scheine einer blos äußerlichen Geſetzlichkeit der Handlung, womit Jeder nach dem gefährlichen Sinnſpruche: was nicht verboten iſt, das iſt erlaubt, in fraudem legis handeln könnte, und verlangt in der bona fides, daß der ganze Charakter des Menſchen ſo rechtlich und ſittlich ſei, daß er das Geſetz von ſelbſt und im Geiſte erfülle. Es geſtattet nicht, daß er ſeine Argliſt und Schlechtigkeit mit dem bloßen Buchſtaben beſchönige, und macht daher neben dem dolus auch für culpa lata unbedingt verantwortlich, wenn er nach den Geſetzen des menſchlichen Vorſtellungsvermögens die von ihm billig zu vermeidende Gefahr im Augenblicke des Handelns nothwendig einſehen mußte, und man alſo die Ausrede, nicht eingeſehen zu haben, was Jedermann einſieht, nicht gelten laſſen kann, ohne jener Beſchönigung Thor und Thüre zu öffnen. Es bleibt aber hierbei nicht ſtehen, es macht für die culpa levis, die culpa im engſten Sinne, für das, wofür der Handelnde im Augenblicke nicht mehr konnte, weil ihm unter den Umſtänden geglaubt werden darf, daß er an die Gefahr nicht gedacht hat, aber durch Vorbedacht ſich ihre Einſicht geben konnte, verantwortlich, indem es zur diligentia verbindet, deren Aeußerungen wiederum von einer perſönlichen Eigenſchaft ausfließen, welche, als rohe Kraft oder Naturanlage ſchon von dem egoiſtiſchen Menſchen in den eigenen Angelegenheiten ausgebildet, durch das Recht nur ihre Richtung bekommt. Ihr Element beſteht in einer Vorausſicht und Geiſtesgegenwart, in einer zur anderen Natur gewordenen Wachſamkeit und Tüchtigkeit, welche die Behauptung des eigenen Rechtes mit jedem ſeine

8) Bibliothek für die peinliche R.-W., Bd. 1, S. 26 flg.

Ausübung begrenzenden billigen Anſpruche unſerer Nebenmenſchen nach einem richtigen Ebenmaße auszugleichen verſteht, ſich nichts unterſteht, dem wir nicht gewachſen ſind, das einmal Unternommene aber eben ſo wenig mit größerem Nachtheil aufgibt. In dieſem weiten Sinne iſt die diligentia das Correlat der culpa levis, und beide ſtehen ſich, wie Tugend und Untugend, oder als das Aeußerſte, über welches hinaus es keine Verantwortung mehr gibt, und dasjenige Aeußerſte, was noch verantwortlich macht, gegenüber. Gewöhnlich nimmt man zwar dieſes Wort in einer engeren Bedeutung, und bezieht es bald auf die culpa in non faciendo, oder noch richtiger auf die ſogenannte außeraquiliſche culpa, welche in Contracts- und Quaſicontractsverhältniſſen vorkommt, und dieß hat inſofern Grund, als dieſer Gegenſatz bei den letzteren am meiſten hervortritt und ſie daher nur bei dieſen neben der culpa noch beſonders erwähnt wird, um das zu erſchöpfen, was in dieſen Verhältniſſen gefordert wird und der Pflicht genügt. Daß ſie unter dem Titel ad legem Aquiliam nur ſelten zur Sprache kommt, erklärt ſich daraus, daß die dahin gehörigen Fälle ſich gewöhnlich aus dem von uns aufgeſtellten erſten Principe einer mit Bewußtſein verübten, ſchon objectiven Widerrechtlichkeit entſcheiden, wobei es unnöthig iſt, auf das Innere weiter zu reflectiren. Wo Jemand indeſſen nach dieſem Geſetze aus einer an ſich nicht unbefugten Handlung, namentlich eines das Seine bewirthſchaftenden Eigenthümers, oder aus einem jeden erlaubten Gebrauche der natürlichen Freiheit wegen ihrer Folgen verantwortlich gemacht wird, da fehlen auch die Anſpielungen auf die zu beobachtende Diligenz, und ſogar Vergleichungen, was geſchehen wäre, wenn er mit der eigenen Sache zu thun gehabt hätte, keineswegs. Vergleichen wir nur die Stellen, welche vom Baumſchneider, von dem, der die Halmen auf ſeinem Getreidefelde anzündet, von dem, der zum Zwecke der Jagd, Gruben für das Wild angelegt hat, von dem, der ein auf ſein Grundſtück gerathenes fremdes Vieh forttreibt [9]), und man wird ſich überzeugen, daß die Beurtheilung der ſogenannten Aquiliſchen culpa die diligentia nicht ausſchließt, wenn ſie gleich in ihr ſich ſeltener zeigt. Aus dieſer Urſache vermögen wir noch weniger Werth auf den von Donellus erfundenen Unterſchied einer culpa in faciendo und in non faciendo zu legen, welche ſchon Haſſe (a. a. O. Cap. IV.) außer Credit gebracht, aber doch ſich nicht ganz unbefangen davon gehalten hat, wenn es ſich von anderen, als Obligationsverhältniſſen handelt. Dem vorgenannten großen Manne, welcher dieſe Eintheilung aufbrachte, begegnete eine ſehr nahe liegende Verwechſelung, welche eben ſo viel Verwirrung anrichtet, als der Satz: nulla poena sine lege, wenn er zu materiell und buchſtäblich verſtanden wird. Ihm ſchwebte der ſehr geſunde Gedanke vor, daß in Sachen des Rechtes jede Verantwortlichkeit auf den Grund einer poſitiven Verpflichtung zurückgeführt werden muß, welche entweder in einem Geſetze, oder in einer anerkannten Sitte und Gewohnheit

---

9) L. 31. 30. §. 3. 28. 39. h. t. Auch Roßhirt, Zuſätze zu §. 342, Bd. II, S. 202, des Lehrbuchs von Mackeldey (11. Ausgabe, Gießen 1838), ſcheint in der Sache mit uns übereinzuſtimmen.

liegt, oder aber durch Willkür übernommen wurde. Iſt eine ſolche als quaestio iuris von der quaestio facti ſcharf zu ſondernde Verpflichtung vorhanden, ſo gilt es gleich, entſpreche ihrer Tendenz eine Begehungs- oder Unterlaſſungshandlung. Auch unter der lex Aquilia werden, eine poſitive Verpflichtung zu dem einen, wie zu dem anderen vorausgeſetzt, Thun und Laſſen zu gleicher Schuld zugerechnet, wenn die unmittelbare Wirkung dieſelbe iſt. Der Arzt, der ſeinen Patienten verläßt, oder die geſchlagene Ader nicht gehörig verbindet, daß daraus eine Verblutung erfolgt, der Baumſchneider und Dachdecker, die nicht gerufen haben, der liederliche Haushälter, welcher ſeinen Schornſtein gehörig zu fegen verſäumt und dadurch einen Brand herbeiführt, der auch Nachbars Wohnungen in Aſche legt, verfallen in dieſelbe ſo gut als derjenige, der am unrechten Orte ſchießt, wirft, Schwärmer losbrennt, die in ein Heulager fallen. Wenn es in der L. 9. §. 2. h. t. heißt: si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri, Neratius ait [10]), ſo iſt darunter nicht blos der gemeint, der einen fremden Sclaven vorſätzlich einſperrte, damit er ſich zu Tode hungere, ſondern nach dem bekannten damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit, auch der, welcher ein ſeiner Obhut anvertrautes Sclavenkind über einer Jagdparthie ſo vergaß, daß es vor Hunger umkommen mußte, mag es ihm auch hinterdrein um den armen Wurm noch ſo leid thun. Die neue Literatur hat uns ja ſo nachdrücklich daran erinnert, daß die actio leg. Aqu. mit den Contractsklagen ſelbſtſtändig concurrirte und ſelbſt beim Depoſitum nicht ausgeſchloſſen war. Eben deswegen iſt es eine ſehr gezwungene Auflöſung, wenn man ſagt: der Unterlaſſung gehe hier ſtets ein Thun voraus. Aber wenn dieſes nun, wie die Aderläſſe, das Dachdecken, das Aſtabſegen ein völlig erlaubtes iſt, welches kein Criminalrichter auch nur entfernt ſchon als Attentat auffaſſen würde, wie unnatürlich iſt es, in dieſe Aeußerlichkeit gerade die Wurzel der Verantwortlichkeit zu legen, welche doch erſt mit dem Augenblick beginnt, wo z. B. der vorhin ſeinem Berufe getreue Wundarzt den Kranken, ſei es auch aus bloßer Vergeſſenheit und Zerſtreuung zu verſorgen unterläßt, wo der Baumſchneider den Aſt, ohne zu rufen, fallen läßt, und wo fängt dann das Thun bei demjenigen an, der nicht ſeinen Schornſtein hat fegen laſſen. Das Bodenloſe dieſer Anſicht entblößt ſich beſonders dadurch, daß man namentlich den Arzt wegen einer jeden angefangenen Cur, wie wenn er in illicito verſirt hätte, unbedingt verantwortlich machen müßte. Dieß kann geſchehen, wenn an ſeinem Ausbleiben eine unzeitige Luſtreiſe Schuld iſt, aber gewiß nicht, wenn bei einer Epidemie in der Folge gleich oder noch gefährlichere Patienten ſeine Sorge ſo in Anſpruch nehmen, daß er ſich nicht theilen, noch Andere für ſich ſchicken konnte. Noch weniger iſt die Uebernahme

10) Derſelbe Fall kommt in der L. 29. §. 7. bei einer Municipalobrigkeit vor, die einen Sclaven gepfändet hat, was bei uns mit einem in den Pfandſtall gebrachten Thiere vorkommen kann. Aber da wird die culpa nicht in die Begehungshandlung des Pfändens, welche als pflichtmäßig nicht verantwortlich macht, ſondern darein geſetzt, daß er nicht litte oder nicht dafür ſorgte, daß er gehörig verköſtigt wurde.

eines Depoſitum etwas, was mit der lex Aquilia irgend eine Gemeinſchaft hat, und bei dieſem nur für dolus und culpa lata verantwortlich machenden Contract kann die Begründung der Aquiliſchen Klage offenbar nur aus einem das Obligationsverhältniß gleichſam durchbrechenden gefährlichen Treiben erklärt werden. So gewiß Obligationsverhältniſſe, auf die Zurückgabe einer Species gerichtet, eine ſehr fruchtbare Gelegenheit für die Aquiliſche culpa geben, ſo unſchuldig ſind ſie daran, und es iſt nicht einmal wahr, daß außer ihnen Sitte und Polizei fremden Schaden nur durch verbietende und nicht auch durch gebietende Vorſchriften verhüten dürfen. Niemand kann mir verbieten eine Waſſerleitung an meinem Hauſe zu repariren, und ſollte ſie unter der öffentlichen Straße geführt ſein. Aber wenn ich ſie aufgegraben habe, ſo muß ich zur Nachtzeit zur Warnung der dieſe Straße Wandelnden eine Laterne anbringen. Die culpa, wenn Jemand durch dieſe Unterlaſſung hineinfällt und ein Bein bricht, liegt nicht in dem prius der wohlbefugten Handlung, ſondern ſie iſt in dem Inneren, der mangelnden Diligenz zu ſuchen, daß ich an eine ſo nahe Gefahr nicht gedacht habe; denn iſt dieß geſchehen und hat etwa ein böſer Bube die Laterne weggenommen, ſo fällt auch für das vorausgegangene Thun wieder jede Verantwortlichkeit weg. Auch trifft die ſehr geſuchte Wendung, daß immer ein Thun vorausgegangen ſei, nicht einmal durchaus zu, wie man ſich leicht durch das Beiſpiel überzeugen wird, wenn der gleiche Unfall ſich dadurch ereignet, daß ich die Polizeivorſchrift, daß Jeder beim Glatteiſe vor ſeinem Hauſe ſtreuen ſoll, unbefolgt laſſe, zu der mich kein eigenes Thun, ſondern der eingefallene Froſt gemahnt hat. Im Schwabenſpiegel heißt es C. 233: Der Brunnen oder Gruben gräbt, der ſoll ſie verwahren und verbrücken, als hoch ob der Erden, daß es einen Mann gang über ſein Knie. T h u t e r d a s n i t, was Schaden davon geſchieht, den ſoll er gelten. — Wenn die Römer oder unſere claſſiſchen Juriſten ſich manchmal ſo auszuſprechen ſcheinen, als ob ſie auf die bloße Aeußerlichkeit des Thuns oder Laſſens den entſcheidenden Accent legten, ſo iſt dieſes nur Schein und rührt daher, daß ſie in der Vorausſetzung einer poſitiven Verpflichtung, in der auch wir keine Latitudinarier ſein dürfen, es ſehr ſtreng nahmen. So nahmen ſie Anſtand, Jemand für den durch Einſturz verurſachten Schaden geradezu zum Erſatz verbindlich zu machen, wenn er ſein Haus zu repariren unterlaſſen hatte, und hielten es mit der natürlichen Freiheit, welche das Seine zu vernachläſſigen erlaubt, übereinſtimmender, den gefährdeten Nachbar für ſeine Sicherheit durch eine Stipulation ſelbſt ſorgen zu laſſen, der zu entſprechen der Prätor zwang. Durch das in der Discretion des Beſchädigten geſtandene Rechtsmittel auf Caution, zu deſſen Begründung es keines Beweiſes der Nothwendigkeit einer Reparatur bedurfte[11]), wenn nur der ſie Verlangende zum iuramentum calumniae bereit war, war weit umfaſſender, als durch die lex Aquilia, nämlich für jeden aus e i n e m W e r k f e h l e r entſtandenen Schaden geſorgt, gleichviel ob dem Nachbar dabei eine Schuld zur Laſt zu legen war oder nicht, und wer möchte es verabreden, daß der

11) L. 7. pr. L. 13. §. 3. D. 39. 2.

ſchwer zu erkennende Punkt, wo von einem alternden Gebäude ernſte Gefahr zu beſorgen, im Zweifel zu Gunſten des um das Seine Beſorgten entſchieden werden müßte, daß es eben ſo unbillig wäre, den durch das eigene Unglück gegen den Verdacht einer bewußten Fahrläſſigkeit in den Schutz genommenen Eigenthümer unbedingt für jeden Einſturz tenent zu machen, als es der Gleichheit gemäß iſt, den Nachbar, dem eine gröbere Fahrläſſigkeit in der unverkennbaren Schadhaftigkeit des Werkes am wenigſten entgehen konnte, die Verſäumniß eines mit ſo kurzem Prozeß auszuwirkenden Rechtsmittels als eigene Schuld entgelten zu laſſen [12]). Daß bei der unterlaſſenen Sorge für feuerfeſte Kamine, Herde, Backöfen ꝛc. dieſelbe Caution gebraucht werden konnte, iſt zwar wahr, daß aber hier bei erwieſener culpa auch ohne ſie der Schaden erſetzt werden mußte, iſt bei der Art dieſer, ſogar eine criminelle Behandlung nicht ausſchließenden Nachläſſigkeit bekannt, und auch unter der lex Aquilia in den Pandekten ſowohl, als im Codex berührt. L. 9. L. 11. D. de incendio. L. 28. §. 12. D. de poenis. Collatio leg. Mos. tit. XII. §. 7. L. 2. C. de lege Aquilia. L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquiliam. Man darf alſo aus jenem genau geregelten nachbarlichen Verhältniſſe nicht durch eine über die dabei maßgebenden Gründe der Billigkeit und Rechtsgleichkeit hinausgehende Generaliſirung zuviel folgern, daß Unterlaſſungsfehler überhaupt nicht in den Kreis verantwortlicher Handlungen gezogen werden dürfen, als ob es nicht vielmehr allein darauf ankomme, ob das causam oder occasionem damni praestare auf ſie vollkommen paßt.

Genug, das Recht erkennt auch eine innere Widerrechtlichkeit an, welche, aus dem äußeren Factum nur geſchloſſen, theils auf einer Abwägung von Probabilitäten beruht, welche bei demſelben äußeren Factum durch die Nebenumſtände ſich ſehr verſchieden geſtalten können, theils aber über den Charakter einer nicht an ſich und nur in ihren Folgen rechtsverletzenden Handlung den Ausſchlag gibt. Ueber die Frage nun, wie weit dieſe innere Widerrechtlichkeit verfolgt werden darf, mit anderen Worten, wie weit die Zurechnung geht, hat ſich nach Löhr ein bleibendes Verdienſt Haſſe[13]) erworben durch die gründliche und evidente Nachweiſung, daß unſer gemeines Recht ſowohl bei der Aquiliſchen, als außeraquiliſchen culpa von dem freien Menſchen zwar Alles verlangt, was er in dem natürlichen Zuſtande vermag, aber auch nicht mehr; daß zu der ihr Extrem bildenden diligentia weder hervorſtechendes Talent, oder eine Anwendung ſeltener Körper- und Geiſtesgaben, die ſich Niemand geben kann, noch peinliche Aengſtlichkeit, oder ungewöhnliche Anſpannung, welche jeden Genuß des eigenen Rechtes verkümmern und die Menſchenkraft ſo erſchöpfen würde, daß ſie der gerechten Sorge für die eigenen Angelegenheiten nicht

12) Cum postulassem, ut mihi infecti repromitteres, noluisti: et priusquam praetor adiuvetur, aedes tuae corruerunt et damnum mihi dederunt. Potius esse ait, ut nihil novi praetor constituere debeat, et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim. L. 44. pr. eodem.

13) Vergl. beſonders das 2. und 3. Capitel ſeiner Schrift.

mehr gewachſen bliebe, vorausgeſetzt werden, weil das Möglichhöchſte, was man im täglichen Leben fordern kann, nicht weiter gehen darf, als daß man leiſte, was von einem nach den gewöhnlichen Begriffen ordentlichen, guten und tüchtigen Manne erwartet wird, oder denjenigen Fleiß beobachte, welcher nach den ſolche Begriffe fixirenden gemeinen Erfahrungen jedem, dem es anliegt, durch Gewohnheit leicht und zur anderen Natur werden konnte; daß es keine über dieſe culpa levis hinausgehende levissima gibt, weil dieſer Begriff zwar im Gegenſatze der culpa lata eine quantitative Verſchiedenheit in der Zurechnung oder moraliſchen Schätzung genannt werden kann, die aber zugleich qualitativ iſt, und durch einen in der Willensſtimmung ſpecifiſch verſchiedenen Charakter einen feſten Anhaltepunkt gibt, welcher, wollte man die Schuld blos nach Graden beſtimmen, was bei unendlichen Größen conſequent eben ſo gut zu einer culpa latissima, latior et lata, als zu einem Mittelglied der culpa levior führen müßte, verloren gehen und in eine nicht wenig beleidigende Vermiſchung des Ungleichartigſten ausarten würde; daß dieſe Wahrheit, wenn ſie gleich in unſeren Rechtsquellen nirgends ausdrücklich ausgeſprochen liegt, und der nicht ſelten gebrauchte Superlativ die Ausleger zu dem übrigens ſich ſtets als unpraktiſch [14]) gezeigten Phantome einer ſolchen inhumanen Steigerung der Zurechnung verleitet hat, doch aus dem Zuſammenhange der in unſerem corpus iuris niedergelegten Lehren und Beſtimmungen mit Nothwendigkeit folgt, weil ſie ohne dieſe Vorausſetzung nicht zu einem Ganzen vereinigt werden können. Uebrigens kommen ſchon dieſe Superlative ſo ungleich und ſporadiſch vor, — nach v. Löhr's Verſicherung culpa levissima nur einmal, wohingegen auch exacta, exactissima diligentia, paterfamilias diligens und diligentissimus gebraucht wird, Beiträge S. 75 flg., — ſie wechſeln in derſelben Beziehung ſo oft mit dem Comparativ ab, daß man darin mehr nicht als bloße Redensarten erkennen kann, wie ſie in allen Sprachen vorkommen, wo man in der Reihe ſowohl der Grade, als der beſonderen Verpflichtungsgründe ein Ziel, aber kein Ende vor ſich hat, und daß an eine techniſche Bedeutung gar nicht zu denken iſt.

Eher läßt ſich einwenden, der gegebene Maßſtab eines diligens, bonus, studiosus paterfamilias (qui sobrie et non sine exacta diligentia rem suam administrat) bezeichne ein Abſtractum, für das das Original ſchwer zu finden ſei, und das, je nachdem der Richter ſich ſein Bild ausmale, zu höchſt ungleichen Anwendungen führen werde. Allein ein ſchwebender Begriff war hier unvermeidlich, weil das Bild allerdings erſt (habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis et hominum eiusdem conditionis)[15]) mit Rückſicht auf die durch die Standes- und perſönlichen Verhältniſſe gerechtfertigten Erwartungen und auf die vorliegende allgemeine oder beſonders übernommene Verpflichtung indivi-

---

14) Höpfner, Commentar über die Inſtitut. S. 836, §. 757 u. 758, N. 1. Dieſes Zeugniß eines vieljährigen Praktikers iſt merkwürdig und beachtungswerth.

15) L. 137. §. 2. 3. de verb. obligat.

dualiſirt werden ſoll. Gleiche Kräfte dürfen billig bei denen vorausgeſetzt werden, welche nach gleichen Geſetzen leben, auf gleiche Achtung Anſpruch machen und auch gleiche Gelegenheit zur Ausbildung gehabt haben. In dieſer Individualiſirung wird nun der Vergleichungsmaßſtab, was ein Mann von dieſem Fache und Stande, wenn er im Lande als fleißig, wacker und tüchtig gelten will, in dieſem Stücke geleiſtet haben würde, ſich ſo leicht von ſelbſt geben, als der wahre Werth einer Sache trotz der Schwankungen, welche Liebhaberei der Nachfragenden und Noth der Anbietenden in die Kaufpreiſe bringen, und das Problem wird häufig ſchon durch den Gemeinſinn, oder, wo dieſer nicht ausreicht, durch Zuratheziehung Sachverſtändiger gelöſt werden.

Uebermäßige Anſtrengung des Geiſtes und Körpers verlangt das Recht in der diligentia nicht, und man könnte mit dem Evangelium ſagen, daß ſeine Laſt leicht und ſein Joch ſanft ſei. Es muß dieſelbe mehr vorausſetzen, als ſie direct zu erzwingen iſt, und eben weil ſie der Menſch ſich ſelbſt zu geben hat, haben ſich die am wenigſten in dieſen Begriff zu finden vermocht, welche alles Recht auf Furcht und Zwang gründeten. Die diligentia iſt das, was durch Gewohnheit zur anderen Natur geworden, jeder Anſtrengung überhebt, und Unbilligkeiten würden aus ihrem Verlangen nur dann hervorgehen, wenn die Anläſſe und Gelegenheiten zur Aneignung dieſer Gewohnheiten zu ungleich wären. Allein es braucht dazu keine beſonderen, weil man ſagen kann, daß der natürliche Menſch hierin dem freien zuvorkommt. Das eigene wohlverſtandene Intereſſe, ſo dürfen wir von Jedem erwarten, bildet ſie ſchon in den eigenen Angelegenheiten aus, und wird durch den davon unzertrennlichen Ehrtrieb und das Bedürfniß des Credits, in dem Verkehr und Umgang mit Anderen als ein tüchtiger Mann zu gelten, erhöht. In Fällen des alltäglichen Lebens wird daher die Frage, was von einem geordneten Hauswirthe geſchehen wäre, wenn es ihm um eigene Sachen und Geſchäfte zu thun geweſen wäre, auf welche unſere Fragmente häufig hinweiſen[16]), die Auflöſung des Räthſels ſehr vereinfachen. Auf derſelben einfachen Baſis beruht, unzertrennlich von der Entwickelung der Menſchheit in die Individualität, in welcher ſie durch Theilung des irdiſchen Berufes ein Ganzes, eine Familie bilden ſoll, die ſich von ſelbſt gebende Ausgleichung der einzelnen menſchlichen Zuſtände, welche es erklärt, warum in Fällen, welche

16) Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. L. 13. §. 1. L. 14. pr. D. de pigneratitia actione. (13. 7.) Fructuarius — debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere. L. 65. pr. D. 7. 1. Quamvis alienum pecus in suo deprehendisset, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset etc. L. 39. §. 1. D. ad legem Aquiliam. Uebrigens verſteht ſich dieſe Vergleichung immer mit dem Beiſatze, wenn es dem tüchtigen Haushalter im Eigenen um das zu thun geweſen wäre, um was es demjenigen zu thun iſt, dem man ſein Geſchäft zu beſorgen oder ſeine Sache in Acht zu nehmen verpflichtet iſt, nicht, wenn Erſterer ſeine Sache um wichtigerer Zwecke willen wagt oder preisgibt, was freilich auch bei einem gutem Haushalter, der darin über das Seine verfügt, vorkommt. Vgl. L. 54. D. 19. 1.

nicht in den Kreis des gemeinen Lebens gehören, und eine außerordentliche Körperkraft, Geſchicklichkeit, Erfahrung oder Wiſſenſchaft vorausſetzen, ein ausgezeichneter Fleiß gefordert zu werden ſcheint, auf den man, ohne unwahr zu werden, den Superlativ anwenden konnte. Vom Auslaufer, vom Laſtträger fordern wir billig, daß ſie ſchnell auf den Füßen ſeien, und die aufgegebenen Sachen im Gleichgewicht zu erhalten wiſſen, ohne daß ſie dem Kaufmann excipiren dürfen, daß er mit ſeinen ſteifen Gliedern viel längere Zeit gebraucht, oder die aufgenommene Laſt nicht einmal bis dahin gebracht hätte, wo ſie der Täger fallen ließ. Denn ihr Gewerbe muß ihnen die Uebung und das Augenmaß ſo leicht machen, als ihnen ſchon die Aſſiduität, womit der Kaufmann Tage lang auf ſeinem Contor ſitzet, um das Geld zu verdienen, womit er ſie bezahlt, ſauer ankommen und, weil ſie die Kaufmannſchaft nicht gelernt haben, dennoch fruchtlos bleiben würde. Eben ſo wenig wird ſich der Künſtler, der Uhrmacher, welcher das übernommene Werk verdirbt, mit der ungemein ſcharfen, oft mikroſkopiſchen Beobachtung entſchuldigen dürfen, welche das Gelingen des Werkes erfordert hätte. Bei ſolchen außerordentlichen Geſchäften, wie bei dem, der den Transport einer ohne mechaniſche Kenntniſſe und Fertigkeiten glücklich nicht fortzubringenden Säule oder ſie auf dem Poſtament aufzurichten, übernimmt, iſt der außerordentliche Fleiß immer auch der gewöhnliche, eben weil dieſer nur ein relativer Begriff ſein kann. Daher geht auch in dieſen Fällen die Verantwortung nicht auf mehr, als auf das, was die Kunſt in ſeinem Fache vermag, und der dabei gebrauchte Superlativ iſt nicht ſo gemeint, als müßte der Künſtler für reinen Zufall einſtehen[17]), welcher über alle Kunſt hinausgeht. Da es in der Regel freier Wille iſt, ob man dergleichen außer dem Kreiſe der gewöhnlichen Lebensthätigkeiten liegende Verrichtungen auf ſich nehmen will, — denn ſind ſie aus einem Privat- oder öffentlichen Beruf unvermeidlich, wie man ſchon bei Strube's junger Magd vorausſetzen durfte, welche das geſtürzte Pferd auf Geheiß ihres Dienſtherrn zur Tränke reiten mußte, ſo wird dieſes ſicher nicht ohne Einfluß auf die Zurechnung ſein, — ſo muß ſich Jeder vorher prüfen, ob er die nöthigen, vielleicht ungewöhnlichen Kräfte und Geſchicklichkeiten dazu beſitze, um dem Unternehmen gewachſen zu ſein, wie es jeder Hausvater auch im Eigenen thun wird. Es iſt daher nicht mehr als billig, daß unſere claſſiſchen Juriſten das Aquiliſche Geſetz gegen denjenigen geltend machen, der die Leitung von Pferden, die Führung von Hunden ꝛc. auf ſich nimmt, si modo alius firmior eos retinere potuisset, und im gleichen Sinne wird die imperitia als Schuld betrachtet.

Uebrigens werden alle dieſe empiriſchen Inſtructionen der rechtlichen Würdigung zuletzt durch einen reinen Rationalismus beherrſcht, den man aber ja nicht zu einſeitig nur in dem einen Momente der Nähe und Unmittelbarkeit des Cauſalzuſammenhanges, und der dadurch gegebenen größeren oder geringeren Wahrſcheinlichkeit des Erfolges aufſuchen darf. In dem Gradmeſſer der culpa ſteht vielmehr, wie wir ſchon oben bei der

17) L. 27. §. 29. D. ad leg. Aqu. L. 36. §. 2. locati.

culpa lata berührt haben, die Größe des zu beſorgenden Uebels mit dem Grade der Wahrſcheinlichkeit ſeines Eintritts in einem umgekehrten Verhältniſſe, und die entfernteſte Wahrſcheinlichkeit eines unerſetzlichen, nicht wieder gut zu machenden Schadens verdient unſtreitig weniger Entſchuldigung, als die nahe Wahrſcheinlichkeit eines leicht zu reparirenden. Dieß wäre zwar, da man ſich auch eines kleinen Eingriffes in fremde Rechte, ſo unbedingt enthalten ſoll, als eines großen, von keiner praktiſchen Bedeutung, wenn wir überall eines unmittelbaren, bewußten und vermeidlichen Eingriffes in fremde Rechte gewiß wären, welcher im Grunde immer als culpa lata zu behandeln iſt, und als Uebermuth (luxuria, petulantia, lusus perniciosus) ſo gut, wie die Rohheit und Grauſamkeit (saevitia), deren ſubjective Phyſiognomie ausprägt. Allein eines Theils läßt die Geringfügigkeit des Erfolges einer nicht ſchon unmittelbar verletzenden Handlung wegen der Schwäche des moraliſchen Weckers auch bei einem phyſiſch näher liegenden Cauſalzuſammenhange leichter die Entſchuldigung zu, daß man nicht ſo weit gedacht habe, und ſchließt alſo mindeſtens die culpa lata aus. Sehr erheblich wird ſie jedoch dadurch, daß der unſchuldige Antrieb und erlaubte Zweck einer Handlung, die wir uns ſelbſt oder Anderen ſchuldig zu ſein glauben, gar wohl von der Beſchaffenheit ſein können, daß ſie nach den Geſetzen unſeres Willens und Vorſtellungsvermögens unſere geiſtige Kraft ganz in Anſpruch nehmen, daß es unmöglich geweſen wäre, ſo zu handeln, wenn man an Alles denken müßte, und daß die Forderung, den Erfolg ſich zu vergegenwärtigen, über die menſchliche Natur hinausgehen würde, was das Recht nirgends verlangt. Die Wichtigkeit dieſes Mittelgliedes, welches den beiden anderen Momenten, dem moraliſchen und dem phyſiſchen, erſt ihr Temperament beſtimmt, muß aus einer detaillirteren Entwickelung dieſer Materie von ſelbſt einleuchten.

So wenig wir uns mit der Eintheilung der culpa in faciendo und in non faciendo zu befreunden vermocht haben, ſo fruchtbar finden wir den von den Neueren [18]) hervorgehobenen Unterſchied der ſogenannten Aquiliſchen und der auf Obligationen beruhenden culpa, welche den Erfindern der erſten dunkel vorgeſchwebt hatte. Die letztere entſpringt aus Contracts- und Quaſicontractsverhältniſſen, aus einer durch eigene Willkür übernommenen beſonderen Verpflichtung, die erſte aus der allgemeinen Bürgerpflicht, und iſt natürlich viel enger. Sie bezieht ſich auf ein neminem laede, welches Recht und Geſetze, wollten ſie nicht die natürliche Freiheit unleidlich beſchränken, nur als einen Anſpruch auf körperliche Unverletzlichkeit der Perſon und des Eigenthums ſo kategoriſch anzuerkennen vermochten, daß Jeder auch für blos unachtſame Handlungen verantwortlich wird. Daß die lex Aquilia, auch in ihrer höchſten Erweiterung und Fortbildung durch die Jurisprudenz, nur auf dieſes Unrecht geht,

18) Auch hier hat ſich Haſſe im 1. und 5. Capitel ſeiner Schrift als tiefen Forſcher gezeigt. Doch iſt er dabei, wie anderwärts, in ſeinen Stoff zu ſehr verloren, um ihn frei zu beherrſchen. Wie vorhin bei der diligentia, haben wir es verſucht, ſeine Reſultate mehr zu concentriren und deutlicher zu entwickeln.

iſt aus ihrem Inhalte und der Geſchichte ihrer von dem damnum datum corpore corpori ausgegangenen Entwickelung bekannt. Daß dieſes Unrecht neben dem furtum als *Eigenthumsbeeinträchtigung im engſten Sinne* fixirt wurde, ergibt die nur dem Eigenthümer und demjenigen, der ein im Effect dem Eigenthum verwandtes dingliches Recht, namentlich Uſucapionsbeſitz, Uſusfructus hatte, erlaubte Klage [19]). Sogar dem Pfandgläubiger wurde ſie ſtreitig gemacht und nur als Extrem durch eine künſtliche Wendung [20]) unter Umſtänden geſtattet, wenn der Schuldner keine weiteren Mittel hatte. Es gibt zwar auch *Vermögensbeeinträchtigungen* ohne einen ſolchen phyſiſchen Einfluß, da Jemand *ärmer* werden kann, indem er *ſelbſt* zu ihm nachtheiligen Veräußerungen oder Verzichtleiſtungen gebracht wird, und eben ſo läßt ſich der Fall denken, daß Jemand *am Werthe* ſeiner Güter verliert, ohne daß er darum kommt, wie man dem Miniſter Pitt nachgeſagt hat, daß er zum Sturze der franzöſiſchen Finanzen ſo viel falſche Aſſignaten in Umlauf gebracht, daß dadurch auch die echten nicht mehr galten und angenommen wurden. Für ſolche Beeinträchtigungen konnte jedoch das Recht, wie bei der iniuria, nur den *doloſen* Urheber, der ſie durch das hier allein als Unrecht denkbare Mittel der Argliſt oder Gewalt bewirkte, durch die actio doli, vis metusque verantwortlich machen, und das Recht wäre mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathen, hätte es dabei, ſtatt in der perſönlichen Verletzung, welche nur in der Wechſelwirkung von Mann gegen Mann nach ungleichen Geſetzen denkbar iſt, durch einen gleichen kategoriſchen Imperativ das Unrecht unmittelbar ſchon in den Schaden ſetzen wollen, denn das würde dahin führen, Andere in ihren eigenen Verfügungen zu berathen und zu warnen, wodurch wir auf eine auch für ſie beleidigende Weiſe zu einer Art von Vormundſchaft berufen würden, welche, häufig mit der erlaubten Wahrung unſeres eigenen Vortheils nach dem naturaliter licet contrahentibus se circumvenire, rein unverträglich ſein würde. Genug, in Beziehung auf Vermögensveringerungen, welche nicht in dem groben Sinne der lex Aquilia bewirkt werden, konnte die äußere Geſetzgebung nur gegen gewinnſüchtige und blos ſchadenfrohe Unternehmungen in den Schutz nehmen, und die juriſtiſche Ungereimtheit einer allgemeinen Bürgerpflicht, nichts zu beginnen, was Andere *ärmer* macht, leuchtet daraus ein, daß ſie mit der Aufgabe, Andere beſtändig zu *bereichern*, identiſch wäre. Schon die Erhaltung der einzelnen Sache in dem Werthe, der ſie zu einem Gute macht, fordert einen Aufwand von Arbeit und Capital, die in der cautio usufructuaria am auffallendſten bezeichnete omnis cura rei, welche nur ihr Nutzen belohnt und alſo Sache ihres Eigenthümers iſt. Noch mehr gilt dieſes von unſerer geſammten Habe, wie ſie als universitas auf den Erben übergeht, der auch die darauf haftenden Schulden bezahlen muß. Sie wird nur erhalten durch ein Erübrigen, daß an ſich oder ohne Conſumtion zum Rei-

---

19) L. 2. pr. L. 27. §. 5. L. 11. §. 6. 9. 10. L. 17. L. 12. D. ad leg. Aqu.

20) L. 30. §. 1. eodem. *Haſſe*, §. 69, Note a, S. 322.

cherwerden fortſchreitet. Eine ſolche erhöhte Bürgerpflicht müßte auf das Ganze nachtheilig zurückwirken und den allgemeinen Fortgang der Induſtrie, welche gerade der Wetteifer entgegengeſetzter Intereſſen belebt, unmöglich machen, da jedes neue Etabliſſement, jede neue Unternehmung, wie die Kunſtmühlen und Maſchinenſpinnereien, andere beſtehende Etabliſſements mehr oder weniger außer Credit und Nahrung ſetzt und folglich um ihren Werth bringt. Die augenblicklichen Uebelſtände des Pauperismus mußten der Wohlfahrtspolizei überlaſſen werden, welche zudem nicht zuviel thun darf, damit der wichtigſte Hebel, die Spannung der Selbſterhaltung nicht erlahme, der an Mitteln weit erfinderiſcher iſt, als die Sorge von Oben herab. Wenn man alſo ſelbſt bewußte nachtheilige Einwirkungen auf das Vermögen, auf die freie Dispoſitionsbefugniß Anderer, wie auf den Werth ihrer Beſitzthümer, ſo weit wir uns der Dispoſitionsbefugniß über das Unſrige bedienen, oder als freie Weſen Anderen mit gleichen Waffen gegenüber ſtehen, von Rechtswegen nicht unbedingt verbieten kann, ſo würde es überdieß die Zurechnung in das Uebermenſchliche ſteigern, wollte man gar noch für unwillkürliche und unbewußte Einflüſſe dieſer Art verantwortlich machen[21]).

Die allgemeine Bürgerpflicht bezieht ſich daher allerdings auf einen poſitiven Effect durch phyſiſchen Einfluß auf einen fremden Körper, der dadurch verletzt, verdorben, zu Grunde gerichtet, oder doch dem Eigenthümer, wie der in die Tiefe geworfene Ring, das durch Verwechſelung der Nummer weggeführte und verbrannte Holz, unwiderbringlich verloren geht, und hierin liegt der Thatbeſtand der Aquiliſchen culpa. Jener Effect ſoll nun von uns nicht nur nicht vorſätzlich hervorgebracht, ſondern auch überall, wo wir mit fremden Körpern in Berührung ſtehen, möglichſt verhütet werden. Der ihm gegenüberſtehende Anſpruch auf körperliche Unverletzlichkeit iſt jedoch nicht blos an unſere phyſiſche Perſon gerichtet, daß wir nicht, wie der Raufbold oder der Gaukler, der ſich von einer Höhe herabſtürzt, durch dieſe ſchaden; er erſtreckt ſich auch auf diejenigen Natururſachen, welche, wie unſere Thiere, Licht und Feuer in unſerem Hauſe ꝛc., unter unſerer Dispoſition ſtehen und in unſerem Eigenthume die Macht unſerer Perſönlichkeit erweitern. Da dieſe Perſönlichkeit den Centralpunkt aller Zurechnung bildet, ſo kann die Verantwortlichkeit freilich über dieſen Kreis nicht hinausgehen, und wenn man die Aquiliſche culpa auf ein Thun in dem weiteren Sinne zurückführen zu müſſen glaubte, daß nicht von uns gefordert werden kann, das Eigenthum

21) Aus dem Geſagten iſt leicht zu ermeſſen, was von der Kritik des Thomaſius und Gundling zu halten, welche die ſcharfe Faſſung der lex Aquilia darum tadeln, weil der Verläumder nicht darunter ſubſumirt werden könne, welcher es dahin bringt, daß mich Jemand aus ſeinem Teſtamente ausſtreicht. Glaubt er ſelbſt an ſeine Nachrede, ſo kann begreiflich nicht einmal von der actio doli die Rede ſein. Aber auch wenn es aus Bosheit gegen beſſere Ueberzeugung geſchehen, ſo wurde dadurch ein Dritter zu einer erlaubten Verfügung beſtimmt, welche ich mir ohne Rückſicht auf die Motive gefallen laſſen muß. Der Umſtand dürfte alſo überhaupt nur auf die allein begründete äſtimatoriſche Injurienklage von Einfluß ſein.

Anderer zu beſſern oder auch nur gegen nachtheilige Zufälle durch nicht zu unſerer Disposition ſtehende fremde Natururſachen, oder gar gegen ihre eigenen Nachläſſigkeiten zu bewachen, ſo iſt das eine ſehr einfache Wahrheit. Wo bliebe die Zeit, ſich ſelbſt zu leben, wenn man für Jedermann, oder nur für jeden Nachbar ſorgen und darauf Acht haben müßte, ob z. B. auch das Dach deſſelben ſo verwahrt ſei, daß kein Regen eindringt und das Gebäude ruinirt, oder ob, wie in der ſeltſamer Weiſe zur Unterſtützung jener halbwahren Theſis benutzten L. 13. D. 7. 1. erwähnt wird, ſein Feld gehörig gepflügt, ſeine Reben nachgepflanzt und ſeine Waſſerleitungen im Stande erhalten werden, deren Unterlaſſung freilich nicht ex lege Aquilia verantwortlich machen würde, aber nicht, weil es eine bloße Unterlaſſung iſt, ſondern weil es Niemand einfallen wird, die Beſſerung fremden Eigenthums in den Kreis der allgemeinen Bürgerpflicht hereinzuziehen. Umgekehrt würde eine ſolche eigenmächtige, nicht durch die Abſicht einer nützlichen Geſchäftsführung entſchuldigte Unternehmung für die Folgen einſtehen müſſen, und wie ließe ſich eine ſolche allgemeine Verpflichtung durchführen, ohne unerträgliche Einmiſchung in fremde Anliegen, welche gewöhnlich ſchlechten Dank ernten würde? — Wenn dagegen in jenem engeren Kreiſe eine Verantwortlichkeit uns angeſonnen wird, welche auf Zurechnung in vollem Umfange geht, ſo erſcheint jene Bezeichnung ſchon darum ſehr inadäquat, weil die Localität einer ſolchen auch die Diligenz umfaſſenden Zurechnung in ihren letzten Gründen auf zum Theil unwillkürlichen Geiſtesthätigkeiten beruht, deren Abweſenheit in der Phänomenenwelt ſich oft als Unterlaſſungsfehler darſtellt, ſo daß man mit den Philoſophen ſagen kann, bonum ex causa integra, malum a quolibet defectu. Ueberdieß aber kann eine gute Polizei den Umfang der Aquiliſchen culpa auch materiell durch poſitive Gebote, namentlich durch die Pflicht, Nothleidenden beizuſtehen, oder einen auch außer unſerem Eigenthum bemerkten Brand zu erſticken, oder, wenn man es ſelbſt nicht vermag, Lärm zu ſchlagen, gar wohl auf reine Unterlaſſungen ausdehnen, und nach heutigem Rechte würde die entgegenſtehende Theſis viel zu weit führen, da wir ja das Nichthindern von Verbrechen, wo es ohne Gefahr für uns ſelbſt und Andere geſchehen konnte, ſogar zu ſtrafen, kein Bedenken tragen, den hier freilich oft ſchwierigen Beweis vorausgeſetzt, daß es wirklich nur an uns gelegen hat, den Schaden durch pflichtmäßiges Handeln zu verhüten, und daß der Beſchädigte nicht ſelbſt die größere Schuld trägt.

So viel über den Thatbeſtand der Aquiliſchen culpa. Was nun die Imputation betrifft, ſo haben wir die eine hier leitende Regel, welche ſich übrigens auf die lex Aquilia keineswegs beſchränkt, ſchon oben entwickelt. Wer ſich einen Eingriff in fremde Rechte erlaubt, ſich gegen ein beſtimmtes Geſetz, gegen irgend eine Vorſchrift der Polizei oder einer anerkannten guten Sitte, deren Beobachtung von unſeren Nebenmenſchen erwartet werden kann, vergeht, wird, da Rechtsirrthum oder Rohheit ſo wenig vor der Welt, als vor Gericht entſchuldigen können, die Folgen ſeiner Handlung zu vertreten haben, und zwar, wenn ſie die zureichende phyſiſche Urſache einer Beſchädigung oder Verſchlechterung, oder des ihr

gleichſtehenden Abhandenkommens einer fremden körperlichen Sache iſt, in Gemäßheit der actio legis Aquiliae oder der dieſe ergänzenden actio in factum. Die Mehrzahl der dahin gehörigen Fälle wird ſich aus dieſem Princip erledigen, das auch im Criminalrechte, obgleich hier anders modificirt, in der culpa dolo determinata eine ſo wichtige Rolle ſpielt, ſchon daraus bekannt, daß ſie Manche, wie unter den Neueren Feuerbach, legislativ dem dolus ſogar haben gleichſtellen wollen. Nun könnte man aber verſucht werden, dieſem modus ponens imputationis einen modus tollens entgegenzuſetzen in den bekannten: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam, oder nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet, als ob die Folgen allezeit als zufällig zu betrachten ſeien, ſo oft ſich Jemand in ſeinem Rechte befinde. Wir müſſen aber mit Haſſe über die Unfruchtbarkeit dieſer Weidſprüche übereinſtimmen. „Dieſe Regel, wenn man ſie auch von Ausübung genereller Rechte, z. B. des Eigenthums verſteht, leidet doch wieder ſo viele Ausnahmen, daß ſie einem unter den Händen entſchwindet, wenn man ſie recht feſtzuhalten dachte. Selbſt wenn man ſie ſo beſchränkt, wie ſie allerdings einen vernünftigen Sinn hat: wer auf ſeinem Grund und Boden (in suo) handelt, kann thun, was er will, ſo ſieht man bald, daß ſie nicht unbedingt ſein kann, ſondern daß man doch immer darauf Rückſicht nehmen muß, daß in der Nähe auch Leute wohnen, denen man nicht ſchaden darf. Das ganze iudicium aquae pluviae arcendae beſtätigt übrigens dieſe Regel, macht ſie aber auch durch Ausnahmen ſchwierig. Wo iſt die Grenze, über die man mit Rückſicht auf die Nachtheile Anderer nicht hinausgehen darf, indem man von ſeinen Rechten an ſich und ohne dieſe Rückſicht erlaubten Gebrauch macht?"[22]) — In der That würde die reine culpa großentheils wegfallen, wenn jener Satz zu buchſtäblich genommen wird, und man ſagt wohl richtiger, daß keine Pflicht durch etwas Anderes aufgehoben werden kann, als durch eine mit ihr in Colliſion kommende ſtärkere Pflicht oder, wie man vielleicht beſſer ſagt, durch den Grund einer ſtärkeren Verpflichtung, und daß dieſes auch von der allgemeinen Bürgerpflicht, Niemandem zu ſchaden, gilt. Nur der iſt von Verantwortung frei, wer unter den Umſtänden ſo zu handeln berufen war, und alſo von Rechtswegen zu handeln nicht umhin konnte. Ein ſolcher Beruf darf jedoch nicht blos auf ein öffentliches Amt bezogen werden, es gehört dahin auch Alles, was der Menſch nach dem honeste vive, se ipsum deserere turpissimum, was der Bürger als bonus paterfamilias ſich ſelbſt, ſeiner Erhaltung, ſeiner Ehre, ſeinem Vermögen und ſeiner Familie ſchuldig iſt. Darum muß ſchon nach dem am ange-

---

22) Haſſe, S. 38, Note a. Er fügt bei, daß ſich die Römer hier mit wahren Spitzfindigkeiten, und mehr glänzenden, als befriedigenden Antitheſen behelfen, zwiſchen alium lucro, quo hic utebatur (adhuc), prohibere und alteri damnum facere, zwiſchen nocere und non prodesse. Allein es fragt ſich, ob hierbei nicht der freilich oft in der Beurtheilung ſchwierige Unterſchied gemeint war, den wir vorhin der culpa in faciendo und in non faciendo zu ſubſtituiren verſucht haben, und ob er nicht anders geurtheilt hätte, wenn er ſich in dieſem Punkte klarer geworden wäre.

führten Orte von Haſſe berührten Titel de aqua et aquae pluviae arcendae (39. 3.), beſonders nach L. 1. §. 3—9. L. 2. §. 9., mein Nachbar ſelber zuſehen, wie er ſich wegen des ihm zugeführten Regenwaſſers vor Schaden behüten will, wenn der Zufluß von einem auf meinem Grunde errichteten oder getriebenen Werke herrührt, das ich, wie das Pflügen und Furchen, des Fruchtgewinns wegen nicht unterlaſſen konnte, oder das Werk das Waſſer von meinem Grundſtücke ableiten ſollte, um nicht ſelber poſitiven Schaden zu leiden, weil es dann nicht zu vermeiden war, ohne mich dem gerechten Tadel eines liederlichen Wirthes auszuſetzen. Nicht darauf, daß er auf dem Seinen handelt und dieſem eine beliebige Geſtalt geben darf, ſondern auf dieſe Unvermeidlichkeit, um einer Verminderung unſeres ſchon gegenwärtigen Vermögens, wobei der Aufwand für die Sache durch den Früchtegenuß compenſirt werden muß, zu begegnen, wird überall der Accent gelegt. De eo opere, quod agri colendi causa aratro factum sit, Quintus Mucius ait, non competere actionem. Trebatius autem, non quod agri, sed quod frumenti duntaxat quaerendi causa aratro factum sit, *solum* excepit. — Sed etsi quis etiam sine sulcis aquariis arare et serere possit, teneri eum, licet agri colendi videtur fecisse. — Idem Labeo ait, si vicinus flumen vel torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae non posse — si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat, welches Letztere ohne Zweifel darauf ankommt, ob er es nicht auf eine unſchädliche Art ableiten konnte. Daſſelbe gilt von Abzugsgräben, um den Boden trocken zu legen, die nur, wo möglich, vertheilt werden ſollen, damit nicht die unnöthig in eine Rinne zuſammengeleiteten Gewäſſer eine zu heftige Strömung verurſachen. Derſelbe Titel gibt dagegen dem Nachbar keinen Anſpruch, wenn ihm das ohne Servitut zugefloſſene Waſſer bisher genutzt, und ihm nun durch eine Unternehmung oder Vorrichtung des Anderen entzogen wird, womit dieſer ſein Grundſtück zu verbeſſern glaubt. Die Verfügung des Eigenthümers iſt alſo nur beſchränkt durch die Rückſicht, den poſitiven Schaden Anderer möglichſt zu verhüten, welcher durch phyſiſchen Einfluß auf die körperliche Sache hervorgebracht wird, wie ihn die lex Aquilia durch ihr ruptum, corruptum, fractum, ustum, scissum, collisum et effusum, et quoquo modo peremtum bezeichnet, und ſelbſt dieſer darf einem eigenen Schaden untergeordnet werden, jedoch in dem vollen Sinne, daß der letztere nicht nur den poſitiven, ſondern auch den privativen Schaden begreift, d. h. denjenigen, der unſer Eigenthum als Beſtandtheil unſerer geſammten Habe in ein todtes Capital verwandeln und unſer gegenwärtiges Vermögen vermindern würde, was das Recht keinem bonus et diligens paterfamilias zumuthen darf, eben weil es zu dieſer cura omnis nur ihn und keinen Anderen beruft. Die natürliche Billigkeit und unſer gemeines Recht dürften jedoch dieſes idem et idem, dieſe Vergleichung und beziehungsweiſe Unterordnung auf conſervative Tendenzen beſchränken, blos mit dem Unterſchiede, daß die Rückſicht, die

man Anderen ſchuldig iſt, ein ſenſibles, die Freiheit, die man ſich ſelbſt ſchuldig iſt, ein intelligibles Object vorausſetzt, das aber ſchon wirklich ſein muß. Die Regel: qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam, reicht daher nicht aus und muß wenigſtens ſehr cum grano salis verſtanden werden. Denn ſo gehört es zu den unſtreitigen Ausflüſſen des Eigenthumsrechtes, speciem fundi verändern zu dürfen, und z. B. einen Acker in eine Wieſe zu verwandeln. Eine andere Frage iſt aber die, ob dieſe Verbeſſerung mit Nachtheil der Unterlieger geſchehen darf, wenn ihnen durch die zu ihrer Bewäſſerung getroffenen Anſtalten neues Waſſer zugeführt würde, ſo gewiß ſie ſich vorher den durch die zum Ackerbau nöthigen Arbeiten verurſachten Zufluß haben gefallen laſſen müſſen, und das Feldgericht würden zu arbitriren haben, in wie weit er die neue Einrichtung treffen darf, damit ſich die Nachbarn nicht dabei verſchlimmern. Denn er wird hier angeſehen nicht als einer, der ſein ſchon gegenwärtiges Vermögen erhalten, ſondern als ein ſolcher, der die Summe der zu ſeiner Dispoſition ſtehenden Güter, obgleich nur intenſiv, mit einem neuen vermehren will, und dahin deutet die oben angeführte und in der Juſtinianiſchen Compilation ſtillſchweigend gebilligte Anſicht des Trebatius. Andere Benachtheiligungen, welche ſich unſere Mitbürger in Folge einer Ausübung unſeres Rechtes gefallen laſſen müſſen, z. B. wenn ihnen durch ein auf unſerem Grund und Boden errichtetes Gebäude die Ausſicht genommen, durch einen auf demſelben gegrabenen Brunnen der ihrige verloren geht, erklären ſich ſchon aus dem einfachen Grunde, weil dieſes blos moraliſche Einflüſſe ſind, welche nur die Annehmlichkeit und den Werth ihres Eigenthums vermindern, deren es ſo unendlich viele gibt, daß alle Freiheit des eigenen Rechtes aufgehoben wäre, wollte man ſie durch mehr Rückſichten beſchränken, als durch die gröberen, welche uns die Körperwelt aufdringt. Für die Pflicht, Andere nicht zu benachtheiligen, kommt das fremde Eigenthum nur als Körper in Betrachtung, für die Freiheit aber, ſich über dieſe Nachtheile wegzuſetzen, entſcheidet auch die moraliſche oder, wenn man lieber will, national-ökonomiſche Eigenſchaft des unſrigen als Gut, ſo weit ſie darin ſchon verkörpert iſt. Obgleich dieſe rein civilrechtlichen Verhältniſſe benachbarter Gutsbeſitzer nicht auf Schadenerſatz, ſondern nur auf wechſelſeitiges Wehren und Dulden gehen, um im Frieden neben einander zu beſtehen, und daher der erſtere nach der Art der cautio damni infecti nur zu leiſten iſt[23]), wenn er nach der Litisconteſtation entſtand, — ob bei einem aus reiner Tücke verurſachten Schaden nicht die actio doli begründet werden könnte, iſt eine nicht ſehr praktiſche Frage, weil der frühere Schaden dabei wohl ſelten bedeutend genug iſt und der Scheingrund einer Ausübung des eigenen Rechtes den Beweis des dolus zu ſehr erſchwert, obwohl ſie nicht unbedingt zu verneinen ſein dürfte, — ſo dient doch dieſe Analogie ſehr zur Erläuterung der Aquiliſchen culpa, und man braucht nur an die Nothwehr zu denken, um ſich zu überzeugen, daß dabei ähnliche Verhält-

23) L. 6. §. 6. D. de aqua et aquae pluviae arcendae L. 11. §. 3. eodem.

niſſe zur Sprache kommen. Unſer Hauptzweck war der, in das Licht zu ſetzen, daß ſich die Ausſchließung aller Verantwortlichkeit nicht in den obgedachten allgemeinen **bejahenden** Satz bringen läßt, mit dem man wenig ausrichtet.

Nicht minder unglücklich iſt jedoch die umgekehrte allgemein **verneinende** Faſſung, womit ſich v. **Löhr**[24]) begnügt hat: „jede Handlung, zu deren Vornahme man nicht **beſtimmt** (?) berechtigt, und jede Unterlaſſung einer Handlung, wozu man verbunden iſt, enthält mit Nothwendigkeit einen Eingriff in fremde Rechte, wodurch die Auflöſung rein in die Objectivität gelegt wird." Dieſer Schriftſteller, welcher keineswegs ein ſo roher Materialiſt iſt, als Schömann, hat zwar in ſeinem Sinne ganz recht, weil ſich auch da, wo Jemand ein an ſich ziemliches und unverbotenes Werk treibt, die Widerrechtlichkeit ſeiner Handlung allezeit in der Art, in dem unrechten Orte oder in der Unzeitigkeit derſelben ausdrücken wird, und dieſes, da es keine ſubjective Widerrechtlichkeit gibt, die nicht in eine objective ausginge, der echte Probierſtein iſt. Allein man frage nur weiter, woran erkennen wir bei einer an ſich nicht unerlaubten oder auch gleichgiltigen und nicht ſchon unzweideutig illegalen Handlung, daß ſie nicht ſo oder auf dieſe Art vorgenommen werden durfte, und man wird ſogleich das Bedürfniß einer rationelleren Beſtimmung fühlen. Die Antwort wird dahin ausfallen, aus dem prius des daraus geſchloſſenen animus des Handelnden oder des Mangels der von ihm unter den Umſtänden zu erwartenden Diligenz. Beſonders bei der letzteren muß es auffallen, daß es ſich zwar von einer **nach dem Geſetze**, aber nicht **aus dem Geſetze** beſtimmbaren Unerlaubtheit handelt. Nicht die äußere Handlung, ſondern ihr ſubjectiver Charakter wird entſcheiden, welcher der äußeren Handlung erſt die Farbe gibt und dieſelbe äußere Handlung bald befleckt, bald beſchönigt. Die Ausmittelung dieſer inneren Widerrechtlichkeit kann daher kein Geſchäft einer ſtereotypiſch zu fixirenden **beſtimmenden** Urtheilskraft ſein, welche das Beſondere unter ein ſchon fertiges Allgemeine ſubſumirt. Sie fällt vielmehr der **reflectirenden** Urtheilskraft anheim, welche gewiſſermaßen ſchöpferiſch für den beſonderen Fall die Regel erſt aufſuchen und herausfinden muß. Damit hängt dann weiter die Frage zuſammen, wer hat den Beweis der culpa zu führen, der in unſchuldiger Abſicht Handelnde, deſſen Unternehmung unglückliche Folgen gehabt hat, oder der Beſchädigte? — So gefährlich der Satz iſt, was nicht verboten iſt, das iſt erlaubt, ſo leicht er benutzt werden kann, recht tückiſch in fraudem legis zu handeln, ſo wäre doch die Umkehrung deſſelben, was nicht erlaubt iſt, das iſt verboten, noch weit ärger und für die natürliche Freiheit abſolut vernichtend. Es ſind daher genauere Regeln nöthig, wobei uns auch unſer gemeines Recht keineswegs im Stiche läßt, das gerade hier, wo die ſubjective Widerrechtlichkeit rein in Betrachtung kommt, weit davon entfernt iſt, die Zurechnung über den dem Menſchen natürlichen und gewöhnlichen Fleiß zu ſteigern. Die Bei-

---

24) Theorie der Culpa, S. 41.

ſpiele, woran Haſſe[25]) dieſes gezeigt hat, fallen alle in dieſe Kategorie, und waren daher, obgleich er dieſen Moment nicht genug hervorgehoben, glücklich gewählt. Wir glauben aber, zur Warnung vor einer ungeſchickten Anwendung des bekannten, in einem ganz anderen Sinne gemeinten, **in lege Aquilia et culpa levissima venit**, noch weiter behaupten zu dürfen, daß dabei, ziemlich parallel mit der Präſtation der culpa in Contracts- und Quaſicontractsverhältniſſen, ſogar Präſtationsarten ſich unterſcheiden laſſen. Schon in der Beſchränkung der allgemeinen Bürgerpflicht, die man fremdem Eigenthum ſchuldig iſt, auf Vermeidung körperlicher Beſchädigung liegt es, daß das Recht von uns nur ſolche billige Rückſichten erwartet, an die jeden Achtſamen ſinnliche Gegenwart und Nähe mahnen werden. Deſto ſtrenger ſind wir freilich an dieſe Rückſichten auch bei einer an ſich unſchuldigen oder nicht abſolut verdammenswerthen Handlung gebunden, und namentlich verſteht ſich von ſelbſt, daß wir die Ausübung unſeres Rechtes oder den Gebrauch unſerer natürlichen Freiheit nicht blos zum Vorwande nehmen dürfen, Anderen vorſätzlich zu ſchaden und dadurch unſere Rache oder unſeren Neid zu befriedigen, welche Leidenſchaften, wo ſie einen an ſich und durch den bloßen Erfolg ſchon widerrechtlichen Schaden durch eine ſelbſtſtändige Handlung anrichten, wozu wir nicht beſtimmt ermächtigt oder verpflichtet ſind, unſtreitig ex dolo verantwortlich machen, wohingegen die ſchlechte Geſinnung und die niederträchtige Abſicht allein, welche eine innerhalb unſerer eigenen Rechtsſphäre ſich verlaufende Handlung ohne ſelbſtſtändige Wirkung blos begleitet, vor dem äußeren Forum keine Folgen hat. Darüber wird nie ein Streit entſtehen, und dieſer wird ſich immer nur um blos unbedachtſame oder unvorſichtige Unternehmungen bewegen. Bei dieſen nun wird die Verantwortlichkeit beſtimmt werden a) durch die Vergleichung des eigenen erlaubten Zweckes mit dem Nachtheile, der dem Anderen bevorſtand, ob das, was wir unſerem Amte oder auch im Hausvaterberufe unſerem Ehr- und Erhaltungstriebe ſchuldig ſind, nicht ſtärker verpflichtet, als die Rückſichten, welche unſere Nebenmenſchen von uns erwarten dürfen; b) ob ſich dieſe Rückſichten mit der Erreichung des eigenen Zweckes vereinigen ließen, oder ein wahrer Colliſionsfall eintrat; ferner c) wenn auch der Nachtheil vermieden werden konnte, ob der von uns verfolgte Zweck ſo beſchaffen war, daß er unſere Aufmerkſamkeit zu ſtark in Anſpruch nahm, als daß wir ſo weit hätten denken können, wobei beſonders ein gerechter Affect und der Berufseifer in Betrachtung kommen werden. Endlich aber gibt es d) unſtreitig auch einen factiſchen Irrthum, der alle Zurechnung ausſchließt, weil er jeden mahnenden Gedanken an einen irgend Jemand ſchuldigen Fleiß gar nicht aufkommen läßt und für den in eigenen Angelegenheiten verſäumten Fleiß uns wohl Tadel, aber keine Verantwortlichkeit treffen kann. Ob dieſe Momente die Sache erſchöpfen, laſſen wir dahin geſtellt, es genügt uns, wenn ſie zur vollſtändigeren Auflöſung unſerer Aufgabe beitragen und darauf aufmerkſam machen, wie ſehr die Theorie der culpa von dieſer Seite noch einer befriedigenderen

25) 2. Cap. §. 15.

Beleuchtung bedarf. Auch werden wir uns auf einzelne zur Erläuterung genügende Erörterungen beſchränken.

Wollte man auch die blos civilrechtliche Vertretung der culpa rein objectiv beſtimmen, ſo wäre die kleinſte Ueberſchreitung der Nothwehr, wie ſie unſere eigene kalte Beurtheilung nach der That oft nicht verkennt und ein zartes und wohlwollendes Gemüth nicht ſelten bedauern läßt, der lex Aquilia verfallen. Allein ſowohl unſere Geſetze, als eine entſchiedene Praxis urtheilen anders und machen bei der durch einen ungerechten Angriff auf ein Gut, das wir unter den Umſtänden für unerſetzlich verloren achten konnten, abgenöthigten gerechten Gegenwehr im Grunde nur für dolus und culpa lata tenent. Wenn nur die Art der Vertheidigung und die uns zu Gebote geſtandene Wahl ihrer Werkzeuge nicht ſchadenfrohe Nachluſt oder eine rohe Gleichgiltigkeit verräth, ſo wird die bloße Unbedachtſamkeit, in der der in Nothwehr Verſetzte ſich nicht anders zu rathen wußte, ihm nicht imputirt werden. Seine gerechte Entrüſtung und Beſtürzung nehmen ihn, wo er genöthigt war, ſich ſelbſt zu helfen, in den Schutz. Bei einer Leib und Leben bedrohenden Gefahr iſt dieſes außer Zweifel. Das moderamen macht in dieſer Lehre weniger Schwierigkeit, als die Frage, ob, welche von dem Verhältniſſe abhängt, in welchem das bedrohte Gut zu dem dem Angreifer zugefügten Uebel ſtand. Darüber iſt man einig, daß völlige Gleichheit dieſes Verhältniſſes nicht nöthig iſt, daß ich z. B. mein Auge, oder meine geraden Glieder mit dem Verluſte des Lebens des Angreifers retten kann, da eins wie das andere unerſetzlich ſind, und dafür ſpricht auch ſchon die Analogie der oben berührten civilrechtlichen Beſtimmungen, welche es unter Umſtänden geſtatten, fremden Vermögensnachtheil nicht anzuſehen, wo es die Erhaltung unſeres Eigenthums, als Körpers oder auch nur als Gutes in unſerem Vermögen, nicht vermeiden läßt, wobei wir jedoch nicht überſehen dürfen [26]), daß dort vom Waſſer die Rede iſt, das vom Himmel fällt, deſſen verſtärkter Zufluß nicht auf einmal und nicht unabwendbar durch, wenn auch beſchwerliche Anſtalten, und zwar durch ein dieſe Zwiſchenurſache in Wirkſamkeit ſetzendes, an ſich unſchuldiges Werk ſchadet. Ob nun aber das Mißverhältniß ſo weit gehen darf, daß ich nicht blos zur Abwehr einer fortgeſetzten Gewalt, ſondern zur Rückbemächtigung des Meinigen auf den mit einer unbedeutenden Sache entfliehenden Dieb ſchießen und ihn dadurch in Lebensgefahr ſetzen darf, wird zwar von neueren Geſetzgebungen gegen das gemeine Recht gebilligt, dürfte aber in der Theorie ſtets beſtritten bleiben. Es ſcheint zwar zunächſt nur das Recht auf Verwundung, damit der Dieb nicht weiter laufen könne, gemeint, womit aber die höchſte Diligenz zu Verhütung größeren Schadens ſo

26) Etwas Anderes iſt es, wenn es ſich, obgleich aus guten ökonomiſchen Gründen, von unmittelbar gefährlichen Unternehmungen auf unſerem Eigenthum, wie bei den Römern vom Anzünden der Stoppeln, oder bei uns von Sprengung von Felſen durch Schießpulver handelt, die in der Umgegend Verwüſtung anrichten oder gar Perſonen gefährlich werden können. Da iſt die Unverhältnißmäßigkeit dieſer Gefahr zum eigenen Vortheil zu groß, als daß weniger, als der höchſte Fleiß entſchuldigt.

wenig vereinbar iſt, daß die Verpflichtung dazu, faſt wie das Ausſchneiden eines Stück Fleiſches aus einem lebenden Menſchen ohne Blutvergießen in Shakſpeare's Kaufmann von Venedig, einem indirecten Verbote gleich ſtünde.

Für mehr ſcheint auch der in ſeinem Amte handelnde öffentliche Diener, beſonders im Zuſammenhalt mit dem iudex, qui litem suam fecit[27]), nach der L. 29. §. 7. D. ad leg. Aqu. nicht tenent zu ſein. Wenigſtens ſind die Beiſpiele ſeiner Verantwortlichkeit, wenn er gegen beſtimmte Geſetze oder Inſtructionen verfährt, die er kennen und nicht vergeſſen ſoll, wenn er dem gepfändeten Sclaven über die dem Verhungern ausſetzende Zeit keine Speiſen zubringen läßt, Fälle einer groben Schuld, welche übrigens bei der ſeiner eignen Würde ſchuldigen und im Verfahren zu beobachtenden Ruhe und Leidenſchaftloſigkeit leichter eintreten wird, als bei dem durch ſeinen Affect entſchuldigten Angegriffenen. Doch ſoll es ihm hingehen, wenn er durch einen Widerſetzlichen gereizt (si adversus resistentem fecerit violentius), in ſeinem Amtseifer etwas zu weit gegangen iſt. Unbedingt wird er aber von der Verantwortlichkeit losgeſprochen, wenn der gepfändete Sclave ſich erhängt hat, obgleich man hier, wie bei einem ſcheuen und unruhigen Thiere, das auch im Pfandſtalle leicht Schaden nimmt, unter Umſtänden einige Diligenz vermiſſen könnte, wenn die gewiß nicht ohne Vorzeigen zu dieſem Extreme führende Verzweiflung des Gepfändeten zu bemerken Gelegenheit geweſen und dieſer dennoch weder bewacht noch feſtgeſchloſſen wurde[28]).

Die ſcheinbar harte Deciſion, daß derjenige, welcher in der Nothwehr den Unrechten trifft, ex lege Aquilia tenent bleibe, iſt doch wohl auf den Fall zu beſchränken, wenn ihm in dieſer Beziehung eine gröbere Schuld zur Laſt fällt, wie es namentlich bei einem, außer der Hand nicht mehr zu beherrſchenden, Steinwurfe der Fall iſt, wenn an dem Orte des Angriffes noch Andere wandeln. Der ungerechte Angriff des Steines kann begreiflich nicht von den Rückſichten entbinden, die man gegen die unſchuldig Anweſenden zu beobachten hat. Ohnehin ſcheint Paulus in den Schlußworten des Fragments[29]) auf die Zweideutigkeit des gewählten Vertheidigungsmittels hinzudeuten, das mehr einer bezweckten Rache gleich ſehe. Ein unbeſuchter Ort, ein gar nicht vorauszuſehendes Unterlaufen und der Gebrauch einer Vertheidigung, deren Wirkung und Richtung er ſich ſicher erachten durfte, würden die Sache bedeutend verändern. Daß übrigens nach Art. 145 C. C. C. in allen dieſen Fällen von peinlicher Strafe keine Rede ſein kann, gehört nicht hierher.

---

27) Beſonders L. 15. §. 1. D. de iudiciis. (5.1.)

28) Daß in unſeren Pandekten nur die ſtädtiſchen Obrigkeiten erwähnt werden, erklärt ſich aus dem publiciſtiſchen Grunde, weil die magistratus maiores, als kleine Majeſtäten, während ihrer Amtsführung nicht belangt werden konnten und wohl auch nach derſelben nur aus beſtimmten Geſetzen. Daß man aber unſeren Beamten im Rechtswege keine größere Verantwortung, als den erſteren auflegen kann, bezweifeln wir nicht, wenn auch ſchon das Gegentheil behauptet worden iſt.

29) L, 45. §. 4. D. h. t.

Auch die Ueberſchreitung des Züchtigungsrechtes ſoll, wie uns das Ganze der hierüber in unſeren Pandekten freilich ſehr zerſtreuten Hauptſtellen [30]) zu ergeben ſcheint, komme es nun in der auf den Uſufructuar nur beſchränkt, auf den Ehemann ꝛc. mit fremden Sclaven völliger übergehenden Hauszucht (coercitio), oder bei einem Lehrer vor, nur durch dolus und culpa lata aus dem Aquiliſchen Geſetze verbindlich machen. Denn einmal wird überall nur von saevitia, ja von nimia saevitia praeceptoris, mariti geſprochen, welche hier als culpa in die Zurechnung falle. Das heißt doch gewiß nur jene unnatürliche Rohheit, welche ſich den wilden Ausbrüchen des Zornes überläßt, und bezeichnet in unſeren Fragmenten gerade die gleichſam perſonificirte oder eingefleiſchte culpa dolo proxima. Dann aber ſind die angegebenen Beiſpiele, wenn der Schuhmacher ſeinen Lehrling, welcher nicht Acht gibt und ſeine Sache ſchlecht macht, mit dem Leiſten ſo roh mißhandelt, daß er um ſein Auge kommt, auch objectiv von der entſprechenden Beſchaffenheit einer durch den Gebrauch eines ungeeigneten Werkzeuges in eine culpa dolo determinata ausartenden augenſcheinlichen Ueberſchreitung des Züchtigungsrechtes, das wohl Schmerzen verurſachen, aber der Geſundheit keinen Schaden zufügen darf, der, wenn der Gezüchtigte ein Sclave war, ſeinen Werth verminderte. Merkwürdig iſt es dabei, daß aus dem allgemeinen Grunde, weil der in ſeiner Hitze ſo ſehr ſich vergeſſende Lehrer non iniuriae faciendi causa hoc fecerit, sed praecipiendi, vel monendi, ſelbſt bei einem filius familias, die Injurienklage, welche gerade bei bloßen blauen Striemen oder Suggillationen die Aquiliſche hätte ergänzen können, unbedingt ausgeſchloſſen wird [31]). Es ſcheint alſo wirklich, daß im Sinne unſerer Claſſiker bei der nicht zu verwerfenden wohlgemeinten Abſicht der Beſſerung des Gezüchtigten, wie in den Contracten, die nur zum einſeitigen Beſten des Gegentheiles gereichen, der bloße Amtseifer durch eine ins Unmenſchliche gehende Härte und Fühlloſigkeit aufgewogen ſein müſſe, um hier wahre culpa zu erkennen, und daß von einer culpa levissima in der früher gewöhnlichen Bedeutung auf keinen Fall die Rede ſein könne. Das Reſultat möchte dahin gehen, daß es darauf ankommt, a) ob das dem Untergebenen oder Lehrling zugefügte Leid noch unter der leidenſchaftloſen Form einer wahren Züchtigung erſcheint, oder, wie das Treten, Niederwerfen, Schütteln, Stoßen, oder der Gebrauch von Inſtrumenten, wie ſie in Raufhändeln die unbeſtimmte Abſicht zu ſchaden aus

30) L. 5. §. 3. L. 6. D. 9. 2. L. 13. §. 4. D. locati. L. 17. §. 1. D. de usufructu. L. 24. §. 5. D. 24. 3. Die vorletzte Stelle heißt: Ex eo, ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius, solet quaeri, an servum dominus coercere possit. Et Aristo apud Cassium notat, plenissimam eum coercitionem habere, si modo sine dolo malo faciat, quamvis usufructuarius ne contrariis quidem ministeriis, aut inusitatis artificium eius corrumpere possit, nec servum cicatricibus deformare. Vom Uſufructuar handelt L. 23. D. de usufr. in fine.

31) Dieß beſtätigen noch beſonders L. 15. §. 38. 39. D. de iniuriis. L. 16. §. 2. D. de poenis: Verberibus, quae impunita sunt a magistro allata, vel a parente, quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi.

dem Stegreif ergreift, nur als Mißhandlung aufzufaſſen iſt. b) Ob die gewählte Züchtigungsart nicht durch Recht oder Gewohnheit von der Competenz deſſen, der ſie anwendet, ausgeſchloſſen iſt, wie wenn der Uſufructuar die ihm vertrauten Sclaven durch flagellatio, die nur dem Haus- und Criminalrichter erlaubt waren, zur Arbeit antreiben wollte, oder einer unſerer Schullehrer ſtatt des gewöhnlichen Schulſtockes die Hundepeitſche oder den Kantſchuh applicirte. Iſt dagegen c) die gewählte Züchtigung eine der in ſeiner Befugniß liegenden, ſo wird ihm wegen des Mißverhältniſſes zur Schuld, die als Reflerionsfehler paſſiren muß, ſchwer beizukommen ſein, wenn wir, vom Disciplinarwege abgeſehen, den blos rechtlichen Standpunkt fixiren wollen. Die körperliche Züchtigung muß ins Unmenſchliche fortgeſetzt ſein, ſo daß das id non intelligere, quod omnes intelligunt, anwendbar wird. Nach der Analogie des magistratus aliquid agens violentius adversus resistentem kommen wir daher auch hier nicht über die culpa lata hinaus. Einige Ueberſchreitung muß hingehen.

Aehnliche Betrachtungen hat Haſſe in Beziehung auf den Baumſchneider, auf den, der ſein Stoppelfeld nach dem aus Virgil bekannten wirthſchaftlichen Gebrauche anzündet, bei dem Hinaustreiben eines fremden Stückes Vieh, das ſich auf unſer Grundſtück verlaufen hat, bei dem, der in der Hitze des Ballſpiels einen ihm in dem Aufgreifen des Balles zuvorkommenden fremden Sclaven niederſtieß, daß dieſer ein Bein brach, ſo befriedigend entwickelt, daß wir auf ihn lediglich verweiſen können. Als Beiſpiel eines factiſchen Irrthums kann vorzüglich der bonae fidei possessor vor der Litiscontestation angeführt werden, der, mag er auch das von ihm auf öffentlichem Markte gekaufte Pferd zu einem noch ſo gefährlichen Ritte gebrauchen, oder ſo mißhandeln, daß er als Hausvater Tadel verdient, darum nicht von dem daſſelbe vindicirenden wahren Eigenthümer in Anſpruch genommen werden kann. Gundling erläutert den Gegenſatz, auf den unſere Lehre zurückgeführt werden muß, in ſeiner ungeſchmückten Weiſe alſo: „Ein Student ſchoß mit einem Blaſerohr nach einem Sperling, traf ein Kind ins Auge, welches das Auge darüber verlor. Er hat dem Kinde das Auge nicht wollen ausſchießen, deswegen wurde er auch nicht geſtraft; aber er war nicht extra omnem culpam. Wer heißt ihm in der Stadt ſchießen? — Aber wenn der Caſus ſo iſt, welcher auch in facto paſſirt: Es iſt Einer mitten im Walde, er hat ein wild Schwein ſehen laufen; endlich ſieht er, daß ſich etwas regt, ſchießt hin und ſchießt einen Kerl todt. Quaeritur: ob ihm ſolches kann imputirt werden? Resp. quod non. Dieſes iſt mehr pro fato zu halten. Wollte einer vorwenden, der error ſei vincibilis, ſo kann man antworten: wer vermuthet wohl, daß mitten im Walde ſich ein Kerl aufhalte? — Hätte er dann rufen ſollen: ſtecket vielleicht ein Bengel hinter dem Buſch? So jaget man nicht, die Sau würde alsdann weggelaufen ſein. In criminibus gibt es immer Irrthümer, die invincibiles ſind, aber bei denen contractibus nicht leicht. In Contractſachen habe ich Zeit, da kann ich mich um Alles erkundigen, aber in criminibus geht es nicht ſo an. Wenn ich aber an der Waldſpitze geſchoſſen hätte, da wäre es etwas Anderes, minima circumstantia variat ius, alsdann kann einem ſolches

imputirt werden, weil ſich da oft Leute pflegen hinzulegen“ [32]). — Nimmt man die Wahrſcheinlichkeit des Erfolges als den einzigen Maßſtab für die Beurtheilung, ob culpa vorhanden oder nicht, ſo möchte die letztere weniger bei dem Studenten, welcher funfzigmal aus ſeinem Blaſerohr ſchießen konnte, bis er einmal nur unrecht, und hundertmal bis er in ein Auge traf, als bei dem Jäger anzunehmen ſein, und doch hätte Gundling den letzteren, nach der Aeußerung, daß der von ihm angerichtete Schaden ein damnum fatale ſei, freiſprechen müſſen, wenn der aus dem Buſch hervorgekommene Menſch, blos lahm geſchoſſen, den phyſiſchen Urheber jener Lähmung ex lege Aquilia auf die Curkoſten und ſeine Verſäumniſſe belangt hätte. Worin liegt nun der Unterſchied, dem ein geſundes Gefühl beizuſtimmen gleichwohl nicht umhin kann? — Ohne Zweifel darin, daß der Student ſich mit ſeiner brotloſen Uebung nur die Langeweile vertrieb, und dieß nur auf eigne Gefahr thun durfte, während der Jäger in ſeinem Dienſte, in ſeinem Gewerbe ſich befand, und dieſem ordentlichen Berufe ſeine ganze Aufmerkſamkeit ſo ſchuldig war, daß er, wollte er dieſem gemäß handeln, an die Gefahr nicht mehr denken konnte. Je eitler, unfruchtbarer und vermeidlicher ein Treiben für uns ſelbſt war, deſto mehr ſteigt die Haftung für fremden Schaden bis zum periculum, und dieſes hat noch den weiteren Grund, weil, je mehr ſich dieſes Treiben von einem der *gewöhnlichen* Lebensberufe, in der die Menſchheit ihren allgemeinen Beruf individualiſiren muß, entfernt, um ſo mehr auch jeder Vergleichungsmaßſtab wegfällt, — ein Satz, der ſich auf jeden in das Grillenhafte oder in eine Poſſe ausartenden Gebrauch der natürlichen Freiheit, z. B. auf das Schlagen eines Burzelbaumes, anwenden läßt. Beim Jäger haben wir in dieſem Vergleichungsmaßſtabe eine feſte Grenze deſſen, was jedem ordentlichen Jäger im gleichen Falle begegnet wäre, an die wir uns halten können. Bei jenen Originalen geht dagegen dieſe Grenze verloren, und wir ſind daher nothgedrungen, das Aeußerſte zu verlangen, um nicht überhaupt jede Verantwortlichkeit aufzuheben. Umgekehrt erhöht wieder der gewählte Lebensberuf aus mehrfachen Rückſichten die Anſprüche an unſeren Fleiß. Dem Jäger, dem Soldaten, die täglich mit geladenem Gewehr umgehen, wird die geringſte Unvorſichtigkeit im Tragen, Aufhängen deſſelben ꝛc. zugerechnet werden, die einem Bauer hingehen würde, der unter den Umſtänden nicht vermeiden konnte, ſich damit zu befaſſen. Jede Nachſicht wäre im erſten Falle höchſt gefährlich, eben weil das Gleiche bei ihnen zu oft vorkommen kann. Wer ſich nicht darauf verſteht, ſoll ſo was am wenigſten zu ſeiner täglichen Beſchäftigung machen, wie es ſchon nicht anders, als auf eigne Gefahr zugelaſſen werden kann, ſich mit Geſchäften dieſer Art, und ſei es Hundeführen und Kutſchiren, ohne Noth zu befaſſen, ohne der Kräfte und Fähigkeiten, welche zu einem ordentlichen Manne eius conditionis gehören, gewiß zu ſein. Dieſe Verpflichtung erhöht ſich, je mehr die Ehre und Einträglichkeit, welche das Geſchäft ihm belohnt, auf dem Nutzen beruht, den es Anderen gewährt und verſpricht. Daher der Fleiß, den wir von dem Arzte, von dem Operateur, von dem

32) Diſcours über das Natur- und Völkerrecht, S. 67.

Künſtler verlangen, denen eben deswegen in unſeren Fragmenten angerathen wird, ſich auch gegen das, wofür ſie unmöglich einſtehen können, lieber zu verwahren, weil ſie ſonſt angeſehen werden, als haben ſie die Gefahr auf ſich genommen, was zugleich den von Hagemeiſter entwickelten Einfluß der Vertragsverhältniſſe auf die Aquiliſche culpa außer Zweifel ſetzt [33]). So berühren ſich die Extreme in dieſer Lehre, welche je einfacher in ihren Principien, deſto ſchwieriger und verwickelter in der Anwendung iſt. Doch genug über die Aquiliſche Culpa, bei der wir, da ſie zugleich den allgemeinen Theil unſerer Doctrin zu entwickeln Gelegenheit gab und in unſerer Literatur noch am meiſten deſideriren läßt, am längſten verweilen mußten. Bei der beſſer vorgearbeiteten außeraquiliſchen culpa dürfen wir uns dagegen kürzer faſſen.

Die außeraquiliſche culpa unterſcheidet ſich von der Aquiliſchen hauptſächlich durch ihr Object, und begreift auch ſolche Vermögensbeeinträchtigungen, welche aus keiner Körperverletzung an Perſonen oder Sachen, und ſolche Körperverletzungen, welche nicht unmittelbar aus der uns zu imputirenden Handlung, ſondern erſt aus einer eignen freien Verfügung des Beſchädigten, als nächſter Urſache, entſtehen und durch das, was wir zur Erweiterung ſeines Vermögens zu ſeiner Verfügung geſtellt haben, veranlaßt worden ſind. Sie ſetzt eine Verpflichtung voraus, Andere vor Nachtheil zu warnen und zur Erhaltung ihres gegenwärtigen Vermögens ſelbſtthätig mitzuwirken, auf welche, wie wir geſehen haben, die allgemeine Bürgerpflicht durch kein Geſetz ausgedehnt werden konnte, weil ſie mit der Sorge für die eigne Erhaltung, wozu das Recht vor allem ermächtigen mußte, unvereinbar, nur durch Willkür übernommen ſein kann. Sie ſetzt mit einem Worte eine Obligation voraus, während die Aquiliſche eine Obligation erſt hervorbringt. Die letztere erſchien daher, von dem Falle des dolus abgeſehen, in ihrer reinſten Geſtalt als bloße culpa, neben der zur höchſten Verantwortlichkeit verbindenden Naſeweisheit, welche ſich unberufen mit fremden Sachen befaßt, oder dem, was in der Welt für einen bloßen Muthwillen gilt, hauptſächlich bei der Berufsthätigkeit, bei der Ausübung des eignen Rechtes und dem Gebrauche der natürlichen Freiheit, welche uns verkümmert würden, wollte man die Zumuthung, für Andere bedacht und beſorgt zu ſein, ſo hoch ſteigern, daß wir darüber uns ſelbſt und das, was uns zu thun gebührt, vergeſſen müßten. Aber ſie ſchließt nicht einmal alle doloſe Facten ein. Wer Jemand wiſſentlich ſchlechte Stützen oder ſchadhafte Gefäße leiht, ſchadenfroh oder gleichgiltig, ob das geſtützte Gebäude zuſammenbricht, oder der in die letzteren gefüllte Wein verdirbt; noch mehr, wer dem Anderen eine fremde Sache ſchenkt und ihn dadurch um den vor der Eviction darauf gemachten Aufwand bringt; wer mir erlaubt in ſeinem Grundſtücke Letten zu graben und, nachdem dieſes mit Koſten geſchehen iſt, deſſen Abfuhr nicht leidet; wer einen ihm als Dieb bekannten Sclaven ungewarnt verkaufte, oder ihn zu kaufen Auftrag gab, — kann ſo wenig unter das Aquiliſche Geſetz geſtellt werden, als die Klage aus dieſem Geſetze

33) L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil.

demjenigen zugeſtanden wird, welcher an der verdorbenen oder zu Grunde gerichteten Sache noch kein Eigenthum, ſondern nur ein Forderungsrecht auf dieſelbe hat; und es war ein ſtarker Mißgriff von Schömann, wenn er in beiden Beziehungen ſchwankte und Beeinträchtigungen hierher bezog, welche zum Theil nur ex dolo oder culpa lata verantwortlich machen, und daher nach der ausdrücklichen Entſcheidung unſeres gemeinen Rechtes nur mit der actio doli oder mit einer Contractsklage verfolgt werden können, deren es gar nicht bedarf, wenn das durch eine allgemeine Bürgerpflicht zu einem kategoriſchen Unrecht erhobene Uebel, wie bei der Tödtung, in dem Erfolge liegt, ſo daß dadurch jede Zurechnung mindeſtens civilrechtlich in Anſpruch genommen wird, ſobald es ohne eignen Nachtheil von uns auch nur verhütet werden konnte, was nicht der Fall iſt, wenn es nur durch ein ohne Entgelt uns nicht zuzumuthendes Opfer in der gewöhnlichen Benützung unſeres Eigenthums oder nur durch Aufwand von Arbeit und Mitteln möglich war, da wir Anderen nur nicht ſchaden, aber nicht zugleich nützen ſollen. Daher fällt auch der Uſufructuar, der z. B. die Waſſerleitungen und Wehre nicht gehörig unterhält, wobei in Zeiten oft mit etlichen Thalern ausgerichtet wird, was auf die Dauer durch die Einwirkung des Elementes zur Wiederherſtellung ein großes Capital erfordert, trotz des ihm zu imputirenden phyſiſchen Verderbes des Waſſerbaues, nicht unter die lex Aquilia, aber nicht deswegen, weil er nur durch Unterlaſſung ſchadet, ſondern darum, weil die allgemeine Bürgerpflicht nicht auf einen Aufwand geht, der nur aus ſeiner ſpeciellen Verpflichtung als Nutznießer verlangt werden kann, welche die Römer nach ihren Begriffen von der natürlichen Freiheit erſt durch eine beſondere cautio usufructuaria vollſtändig begründet erachteten. Umgekehrt war es ein faſt noch ärgerer Mißgriff, wenn Schömann verſucht war, den Fall der L. 25. §. 7. D. locat. unter die lex Aquilia zu ſtellen, obgleich nicht zu verkennen iſt, daß die Säule durch ein ungeſchicktes Thun zerbrach. Allein wer vermag den Transport einer Säule in die entfernteſte Beziehung mit einer allgemeinen Bürgerpflicht zu bringen? Er iſt zudem ein ſo außerordentliches Geſchäft, worauf keine allgemeine Polizeivorſchrift ſich einlaſſen kann, wie man damit umgehen ſoll.

So wie in der Aquiliſchen culpa die diligentia verſchwindet, deren Abweſenheit wir erſt aus dem Erfolge gewahr werden, ſo tritt dagegen die der außeraquiliſchen culpa correſpondirende diligentia ſo ſichtbar und objectiv hervor, daß es ſich daraus erklärt, warum ſie bei ihr eine eigentlich techniſche Bedeutung bekommt, als in verſchiedenen Richtungen thätiger Eifer, bald Andere vor Nachtheilen ſorgfältig zu warnen, bald ihre Sachen vor verderblichen Einflüſſen fremder natürlicher oder freier Urſachen zu behüten, bald als Arbeit und Aufwand, um ihre Sachen nicht nur als Körper, ſondern auch als Güter und Beſtandtheile ihres Vermögens in ihrem Werthe zu erhalten, bald ihren Vortheil gehörig wahrzunehmen und ihr Vermögen vor Abgang zu bewahren durch wahrhaft productive Beſtrebungen, welche daſſelbe in der Wirkung eben ſo wohl vergrößern können. Sie umfaßt daher einen Theil des Ganzen, welches, in der Perſönlichkeit concentrirt, das reine Rechtsgeſetz der eignen Sorge des

Hausvaters für ſich, die Seinigen und ſeine Angelegenheiten ausſchließend überlaſſen mußte, aber eben deswegen ihn in dieſer Sorge durch keine weiteren Rückſichten beſchränken konnte, als durch diejenige, welche die lex Aquilia uns auflegt.

Die Erweiterung dieſer allgemeinen Bürgerpflicht entſpringt daher nur aus der Autonomie der Privaten, welche das Geſetz nur regeln, aber nicht vorſchreiben konnte, aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältniſſen. Zwar begründen auch Delicte und unerlaubte Handlungen obligationes ad restituendum, welche auf nicht beabſichtigte Schadenzufügungen ſich beziehen, wie wenn der Dieb im Ausräumen eines Schrankes Gläſer zerbricht, die er nicht ſtehlen wollte, oder welche, wie der Dieb, der, um eilig in das Weite zu kommen, das geſtohlene Pferd zu Schanden reitet, der dazu Verpflichtete ſich durch eine neue Schuld unmöglich machen kann. Aber für die Frage dieſer ſchuldigen Diligenz ſind ſie von keiner praktiſchen Erheblichkeit, weil eine an ſich unerlaubte Handlung ſchon das periculum casus überträgt. Ueber die allein einer beſonderen Erörterung bedürftigen Verträge und vertragsähnlichen Verhältniſſe, im Gegenſatze des Geſetzlichen, hat ſich der Rechtsphiloſoph Thomas Hobbes vielleicht mit einer Schärfe ausgeſprochen, welche einem Ulpian und Paulus keine Schande machen würde: Pactum est promissum, lex mandatum. In pactis faciam dicitur, in legibus fac. Pacto obligamur, lege obligati tenemur. Pactum obligat per se, lex obligatum tenet virtute pacti universalis de praestanda obedientia. Ideoque in pacto prius determinatur, quid faciendum est, quam ad faciendum obligamur, sed in lege ante obligamur ad faciendum, quid vero faciendum sit, determinatur post. Ich geſtehe, daß mir dieſe Stelle über das Charakteriſtiſche des Obligationenrechtes in der ſpeciellen Beziehung auf unſere Frage erſt Licht gegeben hat, zu welchem, wenn ich nicht irre, unſere Claſſiker ſchwerlich irgend eine gemeiniglich ſogenannte obligatio immediata ex lege, z. B. die der Eltern ꝛc. zur Leiſtung von Alimenten, des Vaters zur Ausſtattung ſeiner Töchter, gezählt hätten. Sie gehören nicht in die Kategorie, weil ſie das Geſetz formell und materiell ſchon voraus beſtimmt hat, wohingegen wahre Obligationen beſonders materiell erſt durch das obligatoriſche Factum beſtimmt werden, welches ſie bald ſo, bald anders geſtaltet, wozu die ohnehin meiſt aus dem Landüblichen geſchöpfte und in dieſem frei entſtandene geſetzliche Form der Willkür einen unmöglich genau vorzumeſſenden Spielraum läßt. In dieſer Kraft, ſich wechſelſeitig zu verbinden und verbunden zu werden, liegt das unverwüſtliche Urrecht der Rechtsſubjecte, die Mutter des Gewohnheitsrechtes, wodurch die muſtergiltigſten Vorgänge ſeines Gebrauchs allmälig zu allgemeinem Anſehen gelangt ſind, und der friſche Hauch, welcher die poſitivſte Geſetzgebung belebt und durchdringt. Es bewährt ſich aber darin auch, daß jene cognatio, quam natura inter nos constituit, jene Mitgeborenheit, in der wir uns als zu einem gemeinſamen Leben verbundene freie Weſen gewahr werden, die einander, wenn auch nicht immer mit gleicher Münze, doch in gleichem Werthe bezahlen kön-

nen, wie uns eben ſo wohl durch Vergeltung von Beleidigungen, als durch Verſagung von Gegendienſten fühlbar wird, und welche ihre individuelle Freiheit nur in demſelben Verhältniſſe bewähren und froh werden, als ſie je ſich nach dem Prototyp eines bonus et diligens paterfamilias in den verſchiedenſten Exemplaren ſelbſt ausbilden, und als es ihnen gelingt, miteinander diejenigen Berührungspunkte ausfindig zu machen, in welchen ſie ſich in ihrem gemeinſamen Leben ergänzen können und müſſen, — keine Fabel iſt. Wir gehören alle einem gemeinſchaftlichen Stamme an, der ſich durch die Ungleichheit der Gaben, Geſchicklichkeiten und Glücksgüter ſo verzweigt hat, daß der größte Egoiſt ſich nicht davon abſondern oder eines Beiſtandes Anderer entbehren kann, den er ſich nur dadurch verſchafft, daß ſie ihm glauben. Eine allgemeine Vorſicht und ein gegenſeitiges Mißtrauen, das die Menſchen von einander entfernt, würde ſowohl den allgemeinen Beruf unſeres Geſchlechtes, als die beſonderen Lebenszwecke jedes Einzelnen vereiteln, und wer hieran zweifelt, der hat nicht bedacht, wie ſehr wir jede Stunde in unſerem Leben uns auf Andere verlaſſen oder ihnen etwas zutrauen müſſen; daß wir nicht einen Schritt thun, ja, was noch ſchlimmer iſt, nicht einen Augenblick ruhig ſtillſitzen können, ohne von dem, was Andere thun oder thun werden, verſichert zu ſein, und zwar gerade in Beziehung auf ſolche Handlungen, worüber ein allgemein gebietendes Geſetz unmöglich iſt, weil dieſes mit der ſchuldigen Garantie ihrer natürlichen Freiheit oder ihres wohlerworbenen Rechtes in Widerſpruch gerathen wäre, und wozu wir ſie alſo erſt in einer nur ſubjectiv auszumittelnden Gleichheit ähnlicher Erwartungen frei beſtimmt und verpflichtet haben müſſen.

Solchen aus Verträgen im engeren Sinne entſpringenden Obligationen ſtellt nun unſer gemeines Recht nach ſeinen zarten Begriffen von der natürlichen Freiheit auch andere Zuſtände, welche eine Obligation erzeugen, und nicht nur die Fälle gleich, welche es ausdrücklich als obligationes quasi ex contractu bezeichnet, ſondern auch diejenigen, wobei die Obligation von dem zur Wahrnehmung ſeiner Intereſſen zunächſt berufenen creditor erlaſſen wird, und auf der anderen Seite der debitor derſelben ſich durch Verzichtleiſtung auf ſein dadurch begrenztes Recht entziehen konnte. Dahin gehört insbeſondere der bonae fidei possessor nach der Litiscontestation gegenüber vom Vindicanten, der Uſufructuar dem Proprietär gegenüber, und der Erbe im Verhältniß zu den Legatarien, deren Pflichten, ſo genau ſie durch das Geſetz beſtimmt ſind, doch als durch eigene Willkür auf ſich genommen gewürdigt werden. Je freier übrigens dieſe verſchiedenen Obligationen contrahirt werden, deſto ſtrenger wird unter Umſtänden die Imputation in Beziehung auf Handlungen, wodurch wir uns, wenn auch ohne ſchlimme Abſicht, ihre Erfüllung ganz oder theilweiſe unmöglich gemacht haben. Doch werden — ſehr verſchieden von der Behandlung der culpa unter der lex Aquilia, wo es, iſt der Erfolg eingetreten, genügt, ihn an irgend ein Moment ſubjectiver Verantwortlichkeit anknüpfen zu können, durch welches er mehr, als blos zufällig erſcheint, und daher entweder Schuld oder casus vorhanden iſt, was man aber, da unter Umſtänden ein ſehr nahe liegender Cauſalzuſammen-

hang in den letzteren übergeht, wenn dieſe Verantwortlichkeit nur qualitativ unerfindlich iſt, ohne daß es auf das Quantitative ankommt, ſchlechterdings nicht von einer erhöhten Zurechnung verſtehen darf, — in Beziehung auf den aus Obligationen entſpringenden Fleiß drei Präſtationsgrade unterſchieden, indem in einigen dieſer Verhältniſſe nur dolus und culpa lata, in anderen neben dieſer nur diligentia in suis rebus consueta, in anderen aber noch diligentia diligentis, plena custodia oder das, was man mit einem Worte culpa omnis nennt, für die Folgen verantwortlich machen. Wir glauben dieſe Begriffe durch die Folge unſerer Betrachtungen befriedigender charakteriſirt zu haben, als dieß durch Definitionen möglich iſt. Im Allgemeinen bedeutet die diligentia eine Spontaneität, welche durch ihre Hurtigkeit eine ſich ſelbſt antreibende Kraft zeigt und in jedem Staatsbürger zum Charakter werden ſoll. Ohne eine ſolche Selbſtbeſtimmung können wir ſchon dem allgemeinen Rechtsgebote: neminem laede nicht genügen, nur trifft hier die Diligenz mit dem ſchon gegenwärtigen Objecte unſerer Pflicht und dem Erfolge der Verletzung ſo zuſammen, daß ſie nur einen dem Strafrichter wichtigen inneren Unterſchied in der moraliſchen Schätzung bildet, um den ſich der Civilrichter wenig bekümmert. Dieß iſt anders bei Obligationen, theils weil ihr Object erſt ein künftiges iſt, theils weil ſie ſchon qualitativ in der übernommenen Sorge für eine fremde Angelegenheit beſteht. Hier bekommt die Diligenz einen objectiven Charakter und muß ſich in Vorkehrungen zeigen, damit die künftige Erfüllung nicht vereitelt werde, zugleich aber auch in einem Aufwande von Ruhe und Bequemlichkeit, welcher ſein Maß haben muß. Die custodia verhält ſich zur Diligenz als Theil zum Ganzen und iſt ein gleich unbeſtimmter Begriff, über den viel unfruchtbarer Streit geführt worden iſt. Sie bezieht ſich auf Bewahrung körperlicher Sachen, die entweder fremdes Eigenthum ſind oder durch die zu löſende Obligation es werden ſollen, vor Verderben, z. B. durch Näſſe, durch Benagen von Mäuſen (L. 13. §. 6. D. locati) und Abhandenkommen, ohne daß man Deterioration und gänzlichen Verluſt unterſcheiden darf (vergl L. 1. §. 7. u. L. 2. D. 7. 9.). Im engſten Sinne ſcheint damit freilich die regelmäßige Verantwortlichkeit wegen Diebſtahls und Uſucapion bezeichnet. Indeſſen iſt dieß nur ſo zu verſtehen, daß der zur diligentia Obligirte den Beweis führen muß, daß er ohne ſeine Schuld um die Sache gekommen (Haſſe, §. 84—86), wohin beſonders gehört, daß er Sachen, die man wegen ihres Werthes zu verſchließen pflegt, gehörig verſchloſſen habe ꝛc. Erſt hier bekommt auch der Unterſchied zwiſchen culpa lata und levis eine praktiſche Bedeutung, während er bei der Aquiliſchen culpa ſich in der doppelten Beziehung in das Nichtzuunterſcheidende verliert, weil auf der einen Seite das, was in dieſelbe fällt, oft gar keine wahre Schuld, ſondern eine wegen der Frivolität unſeres Handelns zu vertretende Gefahr iſt, und weil auf der anderen Seite das, was, eine beſondere Verbindlichkeit zum Fleiß vorausgeſetzt, als grobe Fahrläſſigkeit erſcheinen würde, wegen der wohlbefugten Handlungsweiſe oft als reiner Zufall angeſehen wird. Man wird daher auch jenen Unterſchied in unſeren Fragmenten

nur in Beziehung auf Contracts- und Quaſicontractsverhältniſſe hervorgehoben finden, außer denen er übrigens noch für das Strafrecht wichtig iſt. Ueber jene allerdings auf ein Quantitatives, auf ein Mehr oder Weniger ſich beziehenden Präſtationsgrade gibt es nun durchaus keine allgemeine Regel, die ſich mit Rückſicht auf ihr unterzuordnende und ſie blos in der Anwendung modificirende Ausnahmen aufſtellen ließe. Zwar hat der Herausgeber der zweiten Auflage von Haſſe im Anhange eine ſolche Regel ausfindig zu machen geglaubt, indem er aus einigen Stellen ſcheinbar abzuleiten ſuchte, daß ſogar bei Stipulationen, welche doch bekanntlich für den Promiſſor am günſtigſten oder am wenigſten beläſtigend ausgelegt werden ſollen, nach unſerem gemeinen Rechte omnis culpa habe präſtirt werden müſſen, und dieſes Argument wäre allerdings ſehr ſchlagend. Allein es wundert uns nicht, daß Haſſe ſelbſt, dem er jenen Aufſatz bei ſeinen Lebzeiten mitgetheilt hatte, ſich dadurch nicht überzeugen ließ. Der aufgewendete Scharfſinn ſcheitert an der viel zu klaren L. 91. pr. D. de verborum obligationibus [34]), beſonders wenn wir ſie mit der L. 31. §. 12. D. de aedilitio edicto, wo von dem redhibitoriſch belangten Käufer die Rede iſt, zuſammenhalten. Auch Haſſe hat ſie §. 34 ſeiner Schrift nicht ganz unbefangen gedeutet. Sie ſagt dem Sinne nach, daß der Promiſſor einer Species nur für dolus und culpa lata hafte, und das: si autem negligat infirmum, iſt, wie der Gegenſatz des bonae fidei possessor nach der Litisconteſtation ergibt, gewiß nur von einer Unachtſamkeit zu verſtehen, welche daraus entſtand, daß er, wie der in der anderen Stelle angeführte Käufer, die Krankheit des verſprochenen Sclaven nicht für ſo gefährlich anſah, daß hier nicht Hausmittel ohne Arzt genügen, oder daß man ſich nicht auch auf einen minder erfahrenen Arzt verlaſſen könne, und welche eben deswegen noch in das Gebiet der culpa levis fällt. Denn Ulpian will ja ein Beiſpiel von dieſer geben, die wir ohnehin in dem Falle des gemeinen Lebens, wovon er ſpricht, als die gewöhnliche vorausſetzen dürfen. Dieſes zeigen die Eingangsworte des §. 12 cit.: Culpam omnem accipiemus, non utique latam. Der am Schluſſe der L. 91. D. de verb. oblig. angeführte Entſcheidungsgrund: An culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? — quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non ad facien-

34) Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: siquidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? — Considerandum est, utrum quemadmodum in vindicatione hominis si neglectus (ſchon dieſes Wort ohne Beiſatz drückt gewöhnlich nur das Gegentheil einer noch über die culpa lata hinaus erwarteten diligentia aus) a possessore fuit, culpae eius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisset? An culpa, quod ad stipulationem, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? — quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. Die Behauptung unſerer Auslegung, deren Ausführung hier nicht an ihrem Orte wäre, behalten wir einem Anderen bevor, und werden ſie mit älteren Autoritäten beſtärken. Vergl. übrigens auch das unmittelbar folgende L. 23. eodem, Paulus R. S. V. 7. in fine.

dum tenetur, darf nicht zu buchſtäblich genommen werden. Es ſoll damit unſeres Erachtens gerade jener thätige Eifer, jene rührige Geſchäftigkeit bezeichnet werden, wodurch in Obligationsverhältniſſen die diligentia ſichtbar wird, ſollte ſie auch unglücklicher Weiſe ihren Zweck verfehlen, während bei der culpa lata der, gleichviel ob aus Begehungs- oder Unterlaſſungshandlungen hervorgehende, Erfolg vor Augen ſteht, nur einer wahren Gleichgiltigkeit unvermeidlich, und von der culpa Aquilia nur darin verſchieden, daß dieſe durch den Erfolg zuweilen erſt ausgewieſen wird, weil wir ſonſt, wie bei dem Studenten, der nach Spatzen mit dem Blaſerohr ſchoß, gar nichts Widerrechtliches wahrnehmen würden. So verſtanden ſcheint uns dieſe Stelle gerade das ſprechendſte Bild der diligentia im techniſchen Sinne zu zeichnen, und legt man ſie anders aus, ſo kommt man am Ende dahin, daß man nach dem Sinne dieſes Fragmentes auch dann dem Promiſſor nichts anhaben könne, wenn er den verſprochenen Sclaven durch die unterlaſſene Verabreichung nöthiger Lebensmittel verhungern ließ, weil er ihn dann nicht buchſtäblich todtgeſchlagen hat, was man doch mit der L. 15. D. ad legem Corneliam nicht vereinigen und noch weniger dem geſunden Verſtande der alten Juriſten zutrauen wird, von denen wir eine ſo ſtarke Befangenheit in die ſtrenge Wortverbindlichkeit ſonſt nirgends gewohnt ſind[35]). Mit Bethmann-Hollweg denſelben Weg einſchlagend, kommen wir alſo auf das alte Reſultat zurück, daß ſich für Verträge und vertragsähnliche Verhältniſſe nur die einzige durchgreifende Regel aufſtellen läßt, daß dabei dolus und culpa lata, als mit der bona fides unverträglich und den Mangel am guten Willen beweiſend, präſtirt werden müſſen. Für die über dieſes Ziel hinausgehende und den nach einem Prototyp ausgebildeten rechtlichen Charakter, wie er nach der Culturſtufe des Volkes billig zu fordern iſt, vorausſetzende diligentia iſt eine gleiche durchgängige Regel in unſerem gemeinen Rechte nicht nur nicht gegeben, ſondern ſie wird auch der Doctrin darum nie gelingen, weil die ſchuldige Diligenz durch zwei ſcheinbar entgegengeſetzte Principien beſtimmt wird, welche ſich in ihrem Conflicte viel zu mannigfaltig beſchränken.

Das eine in den Fragmenten unſerer Claſſiker mehr vorausgeſetzte, als deutlich ausgeſprochene Princip iſt an der ſchwierigen Frage, warum gerade der Mandatar und der negotiorum gestor, obgleich aus dem Geſchäfte ſelbſt in der Regel nicht belohnt, zur diligentia et custodia plena verbunden ſind, von Haſſe[36]) treffend entwickelt und beruht auf der auch in anderen Verhältniſſen zwar minder auffallenden, aber doch nie ganz verſchwindenden Stellvertretung für Andere. Das andere

35) Für die freiere Auslegung und Behandlung auch der Stipulationen zeugt wohl auch die L. 32. D. de R. J.

36) Cap. VI. §. 94. Es iſt befremdlich, daß ſich der Herausgeber der zweiten Auflage mit dieſer Entwickelung ſo wenig befreundet hat. Die von einem anderen Schriftſteller verheißene Entdeckung, daß der Mandatar nur culpam latam präſtirt habe, wollen wir erwarten, wiewohl ſie ſchon Vorgänger hat, welche ſie aus bekannten Quellen behaupteten. Möchte es uns gelingen, den Gedanken Haſſe's in das gehörige Licht zu ſetzen.

in jenen Fragmenten deſto öfter angeführte Princip liegt in der Erwägung, ob das Geſchäft, woraus unſere Obligation entſpringt, uns gegenſeitigen oder gar nur einſeitigen Vortheil gewährt, oder ob wir dadurch nur beläſtigt erſcheinen, was ſich ſchon bei der Eingehung zeigt, wer dem Anderen gute Worte zu geben Urſache hat, oder den Anderen zum beſonderen Danke verpflichtet. Beide Momente bewirken im Grunde die Verbindlichkeit zum Fleiße zuſammen, obgleich wir dieſe combinirte Wirkung nicht immer gewahr werden, da oft das Eine in das Andere ſich ſo verliert, daß dieſes in einer für ſich den Ausſchlag gebenden intenſiven Stärke hervortritt. Wir verſuchen dieſes aus dem Weſen einer jeden Obligation abzuleiten, wobei uns die bekannte Definition des Paulus zum Anhaltepunkte dient, obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Keine Obligation unterwirft ein Object unſerer unmittelbaren Verfügung, ſondern nur mittelſt einer perſönlichen Leiſtung, wozu wir Jemand anhalten dürfen. Ein ſolches Band gewinnt jedoch erſt dadurch ſeine tiefere und zugleich edlere und menſchlichere Bedeutung, wenn wir die Löſung deſſelben nicht blos auf den dem Creditor erlaubten Zwang beziehen, obgleich ſich die Römer dieſer Anſicht in ihren stricti iuris negotia ſtark genähert haben, ſondern wenn es auf die vom debitor zu erwartende Selbſtthätigkeit radicirt wird, obgleich alsdann deren Mangel ihn für alle, in das gegenwärtige Vermögen eines Anderen, ſo weit es mit ſeinem Forderungsrechte in unzertrennlicher Verbindung ſteht, nachtheilig einwirkende Folgen verantwortlich machen muß. Damit geht folgeweiſe ein Theil des Aufwandes von Eifer, Arbeit und Mitteln für den Beſtand unſeres Vermögens durch einen mindeſtens die Conſumtion ausgleichenden beſtändigen Erwerb, zur Bewachung und Erhaltung unſerer Güter und ihres Werthes ꝛc., welche das Rechtsgeſetz der eigenen Sorge eines Jeden zuwies, indem es zugleich den Schutz der Ausübung ſeiner Rechte darauf berechnete, daß er hierin ſo wenig, als möglich gehindert ſei, auf einen Anderen über. Gibt es nun keine Obligation, welche ſich von einem gewiſſen Grade von Diligenz trennen ließe, ſo kann man mit Wahrheit ſagen, daß in jeder ein Rollenwechſel des allgemeinen Rechtsberufes vor ſich geht, der eine Art von repräſentativem Charakter hat und den Kern unſerer Perſönlichkeit zum dienenden Gliede einer fremden Rechtsſphäre in Anſpruch nimmt. Und ſo iſt es wirklich. Das Geringſte, was mindeſtens bei allen bonae fidei negotia — ob die actiones stricti iuris ſo weit gehen, dürfte zweifelhaft ſein — erwartet wird, iſt, daß der Verpflichtete der übernommenen Sorge für fremde Angelegenheiten ſich ſo annehme, wie er in gleichem Falle für die eigenen zu ſorgen gewohnt iſt. Denn unſer gemeines Recht ſtellt gerade in der engen Beziehung auf Contracts- und Quaſicontractsverhältniſſe eine erwieſene Sorgloſigkeit, welche dieſen von uns ſelbſt gewohnten Fleiß vermiſſen läßt, die Ueberführung einer Hintanſetzung fremder Sachen und Geſchäfte, als ſolcher, gegen die eigenen, einer culpa lata gleich, welche unbedingt präſtirt werden muß [37]).

37) L. 32. D. depositi. Haſſe, Cap. VI, §. 63 der erſten Ausgabe.

Umgekehrt aber geſtattet es nur ausnahmsweiſe die Entſchuldigung, ſich darauf zu berufen, daß man es in eigenen Angelegenheiten nicht beſſer zu machen pflege, wenn ein Anderer es beſſer gemacht hätte und beſſer machen konnte, und verlangt, den Verpflichteten nach dem Prototyp eines bonus et diligens paterfamilias richtend, in der Regel das, was in dieſem Stücke ein tüchtiger und fleißiger Mann ſeines Gleichen geleiſtet haben würde. Gewiß hat weder die Philoſophie, noch das Chriſtenthum je zu einer reineren Selbſtbeſtimmung und ſo ſehr bis zur Idee zu erheben vermocht.

Auf der anderen Seite hat jedoch eine ſolche Zumuthung, ſich in Anderen zu vergeſſen, oder in ein fremdes Rechtsgebiet hinein zu leben, eine ſolche geiſtige Dienſtbarkeit, welche die Obligation zu einem officium ſteigert, obgleich gerade das der Ethik verwandte moraliſche Element der Obligation etwas, Abſtoßendes für den juriſtiſchen Standpunkt, welcher mit der irdiſchen, auf das Greifliche und Egoiſtiſche beſchränkten Natur des Rechtsbegriffes eine Ausſöhnung verlangt. Dieſe beruht nun neben der Bedingung, daß jene Dienſtbarkeit nur vorübergehend bis zur Löſung der Verbindlichkeit ſei, daß ſie ferner auch objectiv ihre beſtimmten Grenzen habe und beſonders nicht über eine relative Mitwirkung zur Erhaltung des gegenwärtigen Vermögens beſonders erſtreckt werde, hauptſächlich auf einer Freiwilligkeit, welche durch ein verhältnißmäßiges eigenes Intereſſe beſtimmt wurde. Das letztere ſind wir nun zwar auch bei bloßen Wohlthaten, welche in Form einer bürgerlich verbindlichen Verheißung oder eines Contractes eingekleidet vorliegen, vorauszuſetzen genöthigt, weil alle Rechtsgewißheit verloren ginge, wollte man über die unendlich möglichen intereſſirten Beſtimmungsgründe, wozu ja nach der L. 54. §. 1. D. de furtis ſchon die Rechnung auf Erkenntlichkeit oder das sibi beneficii debitorem acquirere gehört, einen ſpeciellen Beweis ihrer Verhältnißmäßigkeit verlangen und dieſe nicht vermöge der dafür allein competenten ſubjectiven Beurtheilung eines Jeden ſchon mit dem Vertrage ſelbſt als entſchieden annehmen. Aber es kann doch für den Umfang der Vertragsverbindlichkeiten und für die nicht ſelten zweifelhafte Frage, ob wirklich eine feſte und obligatoriſch gemeinte Zuſage vorliegt, oder nur ein Zeugniß wohlwollender Geſinnungen, mochte dieſes auch Erwartungen erregen, keineswegs gleichgiltig ſein, ob ſchon der Inhalt des Vertrages ein ſolches verhältnißmäßiges, compenſirendes und ſchätzbares Intereſſe darbietet, das nach einer anerkannten Regel freier Wechſelwirkung den Eintritt in die Obligation beſtimmt. Wo dieſes nicht der Fall iſt, da müſſen wir von Rechtswegen den durch den Vertrag allein begünſtigten Gegentheil zur höchſten Sorgfalt verpflichten, den ihm erwieſenen Dienſt dem Wohlthäter ſo unſchädlich, als möglich zu machen, und die Regel des Africanus in Anwendung bringen, aequissimum, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxit, non sui commodi causa suscepit, damnosum esse.

Das erſte Princip iſt bei dem Mandat, der Geſchäftsführung und derjenigen Verwaltung öffentlicher Diener, welche ſich auf die Vermögensrechte des Staates oder der Corporationen bezieht, hauptſächlich entſchei-

dend, weil hier die Stellvertretung die vollkommenſte iſt, als rein im fremden Intereſſe übernommen ſich anpreiſt, ſo daß ein mandatum mandatarii tantum gratia datum als contradictio in adiecto gar nicht beſteht, demohngeachtet aber, je weniger an genaue Inſtructionen gebunden, deſto leichter die Principalſchaft in Verbindlichkeiten oft gegen Dritte und immer in Gegenanſprüche hineinzieht, die, wenn auch der nur ſeinem Dienſteifer folgende Mandatar ꝛc. ſelbſt nichts davon hat, doch ihr Maß haben müſſen, damit nicht der allgemeine Nutzen der Bequemlichkeit, ſich Anderer zu ſeinen Geſchäften zu bedienen, durch beſorgliche Nachtheile aufgewogen und vereitelt werde. Daher ſoll in dieſen Fällen nicht nur dolus, ſondern auch culpa omnis, nicht nur die bona fides, ſondern auch die diligentia präſtirt werden und nur der casus improvisus ausgeſchloſſen ſein [38]). Daß er außer ſeiner Entſchädigung aus dem Geſchäft keinen Anſpruch auf eine mit der auf ſich genommenen Verantwortlichkeit im Verhältniß ſtehende Belohnung hat, iſt zwar wahr, kann aber, da die uneigennützige Verrichtung, wozu er ſich aus freiem Willen verpflichtet, gerade im Verhältniß ihrer rückſichtloſen Ausführung um ſo mehr Ehre und Erkenntlichkeit einbringen muß, von dem ſchuldigen Fleiße um ſo weniger entbinden, da es bekannt iſt, wie ſehr ein guter Geſchäftsführer ſich in dieſer Welt empfiehlt, und wie reell ſich die nachfolgende Erkenntlichkeit, auch ohne vorausbedungene Schuldigkeit, auf die Dauer beweiſt. Dieſer Fleiß darf daher ſo wenig nach dem Maße, welches vom Principal zu erwarten geweſen, da dieſer oft ſich Anderer gar nicht bedienen würde, wenn er ſeine Sachen ſelbſt zu beſorgen verſtände, als nach dem vom Geſchäftsführer in eigenen Angelegenheiten gewohnten Fleiß gemeſſen werden, weil man die eigene Taktfeſtigkeit vorher prüfen muß, bevor man ſich ambitionirt, neben den eigenen auch noch fremden Geſchäften ſich zu unterziehen. Doch geht auch ſeine Schuldigkeit nicht über die diligentia diligentis, über die diligentia in abstracto, zu Anſtrengungen und Auszeichnungen über dieſes Maß hinaus, kann ihn wohl die Ausſicht antreiben, ſich Ruhm und Dank zu erwerben; aber das nur durch Gleichartiges und Gewohntes zu fixirende Recht kann die Verantwortlichkeit ſo weit nicht ausdehnen. Schon hierdurch verliert jene Rechtstheſis das Abſchreckende, was ihr achtungswerthe Gegner erweckt hat, und damit hängen auch die weiteren Beſchränkungen ihrer Anwendung zuſammen, welche wir, kürzlich anzudeuten, uns begnügen. Wegen der Uneigennützigkeit, womit ſich der Geſchäftsführer der Laſt einer fremden Geſchäftsbeſorgung zu unterziehen hat, mußten wir, da hier das eine Princip den Ausſchlag gab, zur Zufriedenſtellung des Anderen einen deſto ſtärkeren Accent auf eine auf die Zukunft ſpeculirende Freiwilligkeit legen, womit er ſich einer ſolchen Vertragspflicht unterwirft. Allein eben da-

38) L. 11. 13. 21. C. u. L. 22. §. 11. D. mandati. L. 1. §. 12. D. depositi. L. 6. D. de adm. rerum ad civit. pert. L. 3. §. 5. D. de iure fisci. Paulus R. S. 1. 4. §. 1. L. 11. 6. §. 12. 21. §. 3. 39. D. de negot. gest. §. 1. J. de obligationibus, quae quasi ex contr. L. 20. C. de negot. gest. L. 24. C. de usuris.

durch wird ſehr nahe gelegt, daß jedes Verhältniß, welches den in dieſe Obligation eintretenden Geſchäftsführer nicht ganz wahlfrei erſcheinen läßt, ſo wenig ohne Einfluß auf den von ihm zu vertretenden Fleiß bleiben kann, als der entſchiedene Wille und die eigene Schuld des Geſchäftsherrn. Dieſes läßt ſich leicht auf den Tutor, auf den Curator anwenden, welche zu ihrer Geſchäftsführung durch ihre Bürgerpflicht genöthigt werden, und welche zwar zu einem über die rohe Gleichgiltigkeit gegen ihre Verpflichtungen hinausgehenden Fleiße gehalten ſind, jedoch bei einer ihnen begegneten geringeren, außeraquiliſchen culpa mit der Entſchuldigung gehört werden, wenn ſie beweiſen können, daß ihnen bei dem beſten Willen dergleichen minder grobe Unachtſamkeiten auch in eigenen Angelegenheiten begegnen würden, weil ihre individuelle Ausbildung ſie nun einmal gerade Geſchäften dieſer Art nicht beſſer gewachſen macht. Dieſe Ausnahme, in deren Sinn Viele ſich nicht recht finden können, iſt auch der natürlichen Billigkeit gemäß. Wer wird von einem Handwerker oder von einem Bauern, ſo wacker ſie ſich auf ihre Profeſſion und die redliche Bedienung ihrer Kunden verſtehen, wenn ſie das Loos der Uebernahme einer Vormundſchaft trifft, und Gelder anzulegen oder beizutreiben ſind, die Fertigkeiten und Cautelen eines Advocaten verlangen? — Und wird es manchen achtungswerthen Gelehrten, der eine Verwaltung auf ſich nehmen ſoll, viel beſſer ergehen? — Es iſt doch nichts einfacher, als daß man ſolche Leute minder ſtreng beurtheile, als ſolche, welche aus freier Wahl ſich zu einem ſolchen Geſchäfte bereit zeigen, oder diejenigen, welche ſich um eine Verwaltungsſtelle beworben, oder ſie wenigſtens angenommen haben [39]). Gleiche Rückſichten läßt unſer gemeines Recht bei dem Miterben, dem Collegatar, dem Communionsintereſſenten eintreten, welche, ſich der Verwaltung der gemeinſchaftlichen Vermögensmaſſe zu unterziehen, durch ihren eigenen Antheil berufen waren. Eine noch weiter gehende Beſchränkung iſt bekanntlich beim negotiorum gestor anerkannt, der ſich affectione coactus eines fremden Geſchäftes annahm, um einen ſicheren Schaden zu verhüten, und deshalb nur für dolus und culpa lata haften ſoll [40]), was ſich wohl ohne Bedenken auch auf aus Barmherzigkeit, Gefälligkeit oder Freundſchaft in wahren Nothfällen, wo der Erſte beſte zugreifen muß, übernommene Aufträge anwenden läßt. Der Wille des Geſchäftsherrn iſt aber auf die Verantwortlichkeit des Geſchäftsführers von Einfluß, wenn dieſer, nachdem er ſich gegen den Auftrag, aus Beſorgniß demſelben nicht gewachſen zu ſein, verwahrt, oder, obgleich dem Geſchäftsherrn in ſeiner Individualität genau bekannt, aus Eigenſinn oder rein perſönlichem Vertrauen vorgezogen oder auserwählt wurde, was ſich neben dem vorherigen Grunde gemeinſchaftlichen Rechtes auf den Socius und auf den Ehemann rückſichtlich der dos anwenden läßt,

39) Daß übrigens unſere Beamten beſoldet ſind, hat auf ihre Präſtationsverbindlichkeit ſo wenig Einfluß, als das Honorar und Salär die Natur des Mandats ändert. Ohnehin geſchieht Erſteres nur, damit ſie ſtandesmäßig leben können, und heutzutage werden Wenige von ihrer Beſoldung zurücklegen und dadurch reicher werden.

40) L. 3. §. 9. D. de negotiis gestis..

welche eben deshalb nur diligentiam suis rebus consuetam präſtiren. Ferner dürfte eine beſtimmte Inſtruction in gewiſſen Stücken die Präſtation ſogar auf dolus und culpa lata herabſetzen, weil dem Principal ſelbſt die exceptio doli entgegenſteht, der Beſſeres verlangt als er vorgeſchrieben. So iſt es zwar die Pflicht des Mandatars, auch das nicht zu verſäumen, was er zum Vortheil ſeines Principals mehr ausrichten kann, und er handelt alſo, wenn ihm der Auftrag geworden, ein Gut um 50,000 fl. zu kaufen, das ihm zu 30,000 fl. geboten wird, pflichtwidrig, wenn er mehr dafür gibt, und in einem fremden Geſchäfte den Freigebigen ſpielt [41]). Allein, wenn dieſes nicht wiſſentlich geſchehen, wenn ihm nur das zum Vorwurf gemacht wird, daß er durch ein ſtrengeres Feilſchen oder ein minder übereiltes Bieten, die Sache von dem Verkäufer wohlfeiler erlangt haben würde, ſo wird er zwar kein Lob verdienen, aber doch nicht gehalten ſein, daß er ſich zur Vergütung verſtehen, oder die Sache ſich heimſchlagen laſſen muß. Ueberhaupt begegnen wir auch hier dem feinen Unterſchiede zwiſchen prodesse und non nocere, und was vom Vormunde geſagt iſt, dürfte auch auf andere Geſchäftsführer anwendbar ſein. Competit adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint: hoc est si praedia comparaverint non idonea, per sordes aut gratiam. Quid ergo si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint? — Recte quis dixerit, solam latam negligentiam eos praestare in hac parte debere [42]). Da der Vormund durch ſeine Dienſtinſtruction angewieſen war, die Gelder ſeiner Pflegſchaft auf den Ankauf von Gütern anzulegen, ſo ſteht er hierin dem Mandatar gleich, der den allgemeinen Auftrag hat, Güter zu kaufen, und es wird auch dieſem unter keiner anderen Bedingung zur Verantwortung gereichen, wenn er um daſſelbe Geld beſſere und gelegenere Güter hätte kaufen können. Auch die blos verſäumte Gelegenheit zu dem aufgetragenen Ankaufe eines Sclaven bezieht die L. 8. §. 10. D. mandati ausdrücklich nur auf Beſtechung oder Gefälligkeit, welche einen Anderen zuvorkommen ließ, der vielleicht nur ſeinem Phlegma oder ſeiner Bedächtlichkeit den Rang ablief, wohingegen bei der Entweichung des einmal gekauften Sclaven, der alſo als zur Dispoſition des Geſchäftsherrn ſtehend, ſchon zu deſſen Vermögen gehörte, zugleich der culpa erwähnt wird. Und damit wäre zugleich der ſcheinbare Widerſpruch gegen andere Stellen gelöſt, wenn unſtreitig nur in derſelben ſpeciellen Beziehung in der L. 10. mandati unmittelbar fortgefahren wird: Idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius, quam bonam fidem praestare eum oportet, qui procurat. Umgekehrt kann aber auch die Verbindlichkeit des Geſchäftsführers erhöht werden, wenn er Geſchicktere verdrängt, oder mit deſſen Mitteln und Vermögen ohne alle Autoriſation ungewöhnliche Geſchäfte vornahm, welche der Geſchäftherr gar nicht zu unternehmen pflegte, in

---

41) L. 44. D. mand. L. 21. C. §. 8. J. L. 35. 36. D. eodem.

42) L. 7. §. 2. D. de admin. et periculo tut. Gut hervorgehoben und benutzt von Schömann, Lehre vom Schadenerſatz, Th. 1, S. 163 flg.

welchem Falle er begreiflich auch jede Gefahr ſeiner Speculation auf ſich nimmt, mit der billigen Modification, daß er Gewinn und Schaden dabei compenſiren darf.

Warum das in der Uneigennützigkeit der Vertragsform dem Mandate ſo nahe kommende Depoſitum ſo verſchieden beurtheilt wird, leuchtet nicht ſogleich ein und iſt auch von mehreren Naturrechtslehrern, namentlich von Chriſtian *Thomaſius*, *Barbeyrac* ꝛc. für eine Sonderbarkeit des römiſchen Rechtes erklärt worden. Es mögen allerdings zu dieſem Reſultate eigenthümliche hiſtoriſche Gründe mitgewirkt haben, daß man ungeachtet des dabei beſonders ſcharf genommenen dolus, dieſen Contract in der älteren Zeit noch als ein negotium stricti iuris behandelte, denen wir übrigens näher nachzuſpüren keine Urſache haben, da die Ausbildung, in welcher das römiſche auf uns als gemeines Recht übergegangen, und in welcher wenigſtens der Fleiß, die vertraute Sache *wie ſeine eigene* aufzuheben, anerkannt iſt, nicht mehr daran gemahnt und vielmehr einen allgemeineren Grund anführt, warum der Depoſitar wegen bloßen Unfleißes nicht tenent iſt. Negligentiae nomine ideo non tenetur, *quia qui negligenti amico rem suam committit, de se queri debet*[43]). Als Hauptgrund wird alſo gerade ein Umſtand hervorgehoben, der auch beim Mandat die Präſtation herabſetzt, daß weniger der freie Wille des Depoſitars, ſondern gewöhnlich mehr die eigene Wahl des Deponenten zu der Dienſtleiſtung beſtimmt, deren Uebernahme, weil ohne Ungefälligkeit nicht wohl abzulehnen, nicht als Verheißung einer beſonderen Tüchtigkeit und Pünktlichkeit ausgelegt werden darf. Hierzu kommt aber noch die Einfachheit der durch dieſen Realcontract vorausbeſtimmten Obligation zur Herausgabe der anvertrauten Species, ſobald ſie verlangt wird, welche der Stellvertretung keinen ſolchen objectiven Charakter gibt, welcher ſich, wie bei der Beſorgung fremder Geſchäfte, zur Gewerbmäßigkeit eines eigenen Lebensberufes ausbilden kann. Aus dem einen Grunde heißt es daher wieder ausnahmweiſe: sed etsi quis deposito *se obtulit*, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet: non tamen casus fortuitos[44]). Aus dem anderen Grunde aber wird das ſogenannte mandatum custodiae (L. 1. §. 12. eodem) ſehr verſchieden von dem einfachen depositum beurtheilt[45]), wie wenn ich Jemand den Auftrag gebe, daß er während meiner Abweſenheit in meinem Hauſe wohne und meine Sachen bewache und bewahre.

Das wahre oppositum vom Mandate iſt dagegen das Commodat, weil hier das eine blos moraliſche Princip, welchen der beiden Contrahenten wir auch in das Auge faſſen mögen, ſeine Anwendbarkeit verliert, und daher nur das andere, das egoiſtiſche, den Ausſchlag geben muß.

---

43) L. 1. §. 5. D. de obligat. et act. §. 3. J. quibus modis re contrahitur obl.

44) L. 1. §. 35. D. depositi.

45) *Haſſe*, §. 95 cit.

Jene reine Selbſtbeſtimmung durch eine Repräſentation, welche uns ganz in die Stelle des Anderen verſetzt, wird auf Seiten des Commodatars gerade dadurch getrübt, ja unmöglich, daß er allein Vortheil hat. Denn dieſer Vortheil wird nach dem Contract ein erlaubter und wohlbefugter, auf den er zu verzichten nicht Urſache hat. Wie derjenige, der ſein Eigenthum bewirthſchaftet, iſt er berufen, ſich ſeines erworbenen Vortheils zu bedienen, und kann, wie jener, hierin nur beſchränkt werden. Wir können ihn darum nicht ſchelten, daß er zunächſt an ſich denkt und nur ſo viel verlangen, daß er darüber das Intereſſe ſeines Mitcontrahenten nicht vergeſſe. Hier, wo zwei Rollen des Rechtsberufs in einer Perſon zuſammentreffen, gibt es für die obligatio ad diligentiam kein anderes entſcheidendes Princip, als das Geſetz der Billigkeit und Gleichheit, welchem Theile die meiſte Rückſicht gebührt. Beim Lichte beſehen, iſt hier der Commodant derjenige, der ſich durch den Contract fremdem Intereſſe opfert und eine fremde Rechtsſphäre uneigennützig erweitert, wie es beim Mandate der Mandatar iſt, derjenige, deſſen Gefälligkeit durch eine obligatio ad diligentiam von Seiten des Commodatars ausgeglichen werden muß, damit ſie ihn nicht einen unerwarteten, nicht gewollten Nachtheil bringe. Merkwürdig iſt in dieſer Beziehung eine ganz zu unſerer Ausführung ſtimmende Stelle des Paulus in der L. 17. D. commodati: Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, tunc finem praescribere et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dantem et accipientem: geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes atque actiones civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit, neque enim impune inchoata deseret, suscepisset enim alius, si is non coepisset; voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo, nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde subtraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodasti; adiuvari quippe nos, non decipi officio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est. Aus dieſer glücklich ausgeführten Vergleichung erhellt, daß der Commodatar eigentlich an dem Platze des Geſchäftsherrn und der Commodant an der Stelle des Geſchäftsführers ſteht, wie auch daraus einleuchtet, daß die Dauer der Obligation weit mehr von dem Belieben des Erſteren abhängt, dem es unverwehrt iſt, das ihm auf ſechs Tage geliehene Pferd ſchon am erſten zurückzugeben, ſo wie umgekehrt eine auf Lebenszeit in depositum gegebene Sache zu jeder Stunde zurückgefordert werden darf. Wäre alſo die für die Präſtation der culpa beim Mandat befolgte Regel eine gleichförmige und durchgreifende, ſo

müßte der Erſte nur dolus und culpa lata präſtiren, der Andere aber die Diligenz. Der Fehlſchluß leuchtet jedoch ein, ſobald wir nur den Unterſchied hervorheben, daß der Mandant bis zum beendigten Geſchäft den Mandatar walten laſſen muß, wohingegen der Commodatar mit der Perfection des Geſchäftes auch zugleich in den Stand geſetzt iſt, von ſeinem Rechte Gebrauch zu machen und, da er für ſich ſelbſt zu ſorgen hat, keinen Repräſentanten mehr bedarf. Hier iſt es alſo, wo das egoiſtiſche Moment dadurch poſitiv und entſcheidend wird, daß der Contract den alleinigen Vortheil des Commodatars und zwar mit der reinen Beläſtigung des Anderen bezweckt, weshalb dieſer zur culpa omnis, und umgekehrt der Commodant[46]) nur zu dolus und culpa lata tenent iſt. Eben deswegen heißt es auf der anderen Seite: Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit; ut puta si quis — sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur[47]). So wie, wenn das Commodat, wie das Herleihen von Silbergeſchirr zu einem gemeinſchaftlich veranſtalteten Gaſtmahle, zu einem gemeinſamen Zwecke geſchieht, die Regeln der Societät in Anwendung kommen.

Eine combinirte Anwendung beider Principien tritt bei allen denjenigen Geſchäften ein, wo ſchon aus dem Contracte ſelbſt ein beiderſeitiger Vortheil bezweckt wird, weil dabei Jeder dem Anderen gegenüber als Repräſentant deſſen Zwecke in die ſeinigen aufnimmt, und umgekehrt daſſelbe von dem Anderen fordert. Es wird aber unnöthig ſein, nachdem wir in den hervorſtechendſten Beiſpielen die leitenden Grundſätze dieſer Lehre gezeigt haben, darauf näher einzugehen, da wir zumal unter den einzelnen Artikeln auf die Frage doch wieder zurückkommen müſſen. Es wird genügen, wenn wir die gewöhnlichen Geſchäfte ſummariſch claſſificiren. Der erſte Präſtationsgrad tritt ein beim Depoſitum, Univerſalfideicommiß, Vermächtniß, welches ohne Vortheil und ohne ſelbſt etwas davon zu behalten herausgegeben werden ſoll, dem Contract in L. 17. §. 2. D. de praescript. verbis, dem Commodat, welches blos zum Vortheil des Commodanten gereicht, und dem precarium, deſſen heutige Bedeutung und Anwendbarkeit ſich freilich ſehr beſtreiten läßt. Zum zweiten Präſtationsgrad, welcher außer dolus und culpa lata noch die zu erweiſende Entſchuldigung zuläßt, daß man mindeſtens diligentia in suis rebus consueta geleiſtet habe, eignen ſich die tutela, cura, dos, rerum communio, societas, das Commodat, welches zu beider Theile Vortheil ging, und zum dritten Präſtationsgrade, welcher ſich auf culpa omnis, plena custodia, coacta diligentia, diligentia diligentis erſtreckt, das Mandat, die negotiorum gestio, die Tutel und das Depoſitum, wenn der Präſtant ſich aufdrang, der Kauf, die Miethe, das pignus, die cautio usufructuaria, die Obligation des b. f. possessor post litem contestatam, der Erbe gegen die Legatarien aus der Erbſchaftsantretung, das Commodat.

---

46) L. 61. §. 6. D. de furtis.

47) L. 5. §. 10. D. commod.

Uebrigens kann ein pactum adiectum dieſe Präſtationen vermindern, mit der einzigen Ausnahme, daß nicht paciscirt werden darf, ne dolus praestetur. Dagegen kann durch eine Verabredung bewirkt werden, daß die culpa in concreto, nicht aber, daß die culpa lata, dem dolus nicht mehr gleichſteht [48]), und mithin bei Geſchäften, wobei nur dieſe präſtirt wird, ausgeſchloſſen wird, wie denn überhaupt dieſe Gleichſtellung eine gegen das ſtrenge Civilrecht bei Verträgen und vertragsähnlichen Geſchäften durch die aequitas eingeführte Ausdehnung iſt, welche auf negotia stricti iuris, wenn man für das heutige Recht auf dieſen Unterſchied noch Werth legen darf, nicht anwendbar iſt. Namentlich dürfte ein Schenkungsvertrag, der eine Species verheißt, keinen Anſpruch auf Diligenz geben, und von Seiten des Schenkers nur dolus und culpa lata zu präſtiren ſein.

Umgekehrt kann durch Nebenverträge die Präſtation auch erhöht, ja auf jede Gefahr ausgedehnt werden, was häufig ſchon die Folge davon iſt, wenn die Sache dem Präſtanten geſchätzt übergeben wurde, wodurch jedenfalls die Diligenz zur culpa omnis erhöht wird. Das von Löhr hierher bezogene Aufdringen gilt nicht allgemein, und nur von der Geſchäftsführung und dem Depoſitum, als denjenigen Contracten, wobei die beſchränkte Wahlfreiheit des Geſchäftsherrn oder Deponenten die Verbindlichkeit zum Fleiße erhöhen muß, wie wir dieſes bereits angedeutet haben. Ein noch ſo zuvorkommendes und zudringliches Anerbieten eines Commodats, dürfte dagegen, ſofern nur reine Gefälligkeit des Commodans, den Bedürftigen zu ermuthigen, und nicht ein damit verbundenes eigenes Intereſſe die wahre Triebfeder war, auf Seiten des Commodatars, der das Anerbieten benutzte, die Präſtation ſo wenig vermindern, als die des Verkäufers erhöht wird, wenn er, wie die Schacherjuden, dem Käufer ſo lange zugeſetzt hat, bis er ihm abkaufte. Auch das bedarf wohl keiner Ausführung, daß Vertragsrechte und Vertragspflichten in einer ſo engen Verbindung mit einander ſtehen, daß eine Ueberſchreitung in der Ausübung der erſten leichter vorkommt, als in der Ausübung unſerer dinglichen Rechte, was zugleich als objectiver Probierſtein bei der Frage dient, ob die obligatio ad diligentiam wirklich verletzt wurde. Jede Ueberſchreitung dieſer Art führt aber in der Regel noch weiter und überträgt das periculum casus. Namentlich iſt das furtum usus unſeres gemeinen Rechtes, obgleich nach teutſchem Rechte als ſolches nicht anerkannt, in Beziehung auf dieſe Folge für uns noch ſehr praktiſch.

Ueber das teutſche Recht vergleiche man in dieſer Lehre Haſſe in einer ausführlichen Note zu dem §. 57 ſeiner Schrift und eine derſelben ex professo gewidmete Abhandlung Maurenbrecher's. Da die Elemente unſeres gemeinen Rechtes aus dem ius gentium und der natürlichen Billigkeit geſchöpft ſind, ſo ließ ſich erwarten, daß die Vergleichung keine weſentlichen Abweichungen zeigt. Die erheblichſten betreffen nicht die culpa an ſich, ſondern das periculum, welches das teutſche Recht ſowohl bei dem Commodate, als bei dem Pfande beziehungsweiſe auf den

48) Haſſe, §. 60.

Leiher und Pfandgläubiger überträgt, ſo daß Letzterer zwar für den zufälligen Verluſt keinen Erſatz ſchuldig iſt, aber auch ſeine Forderung nicht mehr geltend machen kann. Die erſte, auch von bloßen Rechtsphiloſophen nicht ſelten vertheidigte Abweichung hat ſo viel für ſich, daß ſie bei einer künftigen Civilgeſetzgebung erwogen zu werden verdient. Die andere aber dürfte durch die zu ſehr einheimiſch gewordne veränderte Anſicht vom Pfandcontracte keiner Reſtauration mehr würdig ſein, und in unſer heutiges Rechtsleben als eine wahre Neuerung eingreifen.

Wir haben dieſe Lehre hauptſächlich aus dem civilrechtlichen Standpunkte dargeſtellt und konnten zwar manche Momente nicht unberührt laſſen, welche ſich zugleich auf das Strafrecht beziehen. Wir erachteten aber für zweckmäßig, die letzteren unter dem Artikel Fahrläſſigkeit mit Rückſicht auf die neueſten Strafgeſetzbücher abgeſondert auszuführen. Die Reichhaltigkeit des Stoffes und der mehrfach divergirende Standpunkt empfahlen dieſe Abſonderung, deren Ueberſchrift eine ſowohl in der Doctrin, als in der neueren Geſetzgebung eingebürgerte Terminologie beſtimmt.

Dr. Zirkler.

Cura [1]) heißt im weiteren Sinne jede Sorge oder Beſorgung für irgend eine Perſon, eine Sache oder Angelegenheit [2]). Im engeren, juriſtiſchen Sinne heißt cura, mit welchem Ausdrucke dann auch die Worte curatio, custodela, κουρατορία [3]) abwechſeln, die auch nicht vom Curanten ſelbſt, ſondern von Staatswegen angeordnete Sorge für die Perſon oder die Angelegenheiten eines Individuums, welches für ſich ſelbſt zu ſorgen und ſein Vermögen zu verwalten aus irgend einem Grunde außer Stande iſt. Sie unterſcheidet ſich von der procuratio dadurch, daß ſie nicht, wie dieſe, von einem Auftrage des dominus ausgeht, ſondern ähnlich der Tutel entweder durch Geſetz oder gewöhnlicher durch die Obrigkeit angeordnet wird. Daß ſie ſich in ihrem Weſen von der Tutel

---

1) Literatur. Die meiſten der hier anzuführenden Werke behandeln das ganze Vormundſchaftsrecht. Von den älteren Werken gehören hierher: Hugo Donellus, commentariorum iuris civilis lib. III. p. 71—119; Antonius Faber, iurisprudentiae Papinianeae Scientia ad ordinem Institutionum imperialium efformata (Lugduni 1658), tit. 13—26; Paulus Montanus, de iure tutelarum et curationum L. B. 1595 (wegen fleißiger Benutzung der älteren Literatur beſonders brauchbar); Gerhard Noodt, in ſeinem Commentar zum 26. u. 27. Buch der Pandekten, Opp. tom. II.; Pothier, Pandectae Iustinianeae tom. II. p. 91—170; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 29, S. 400 flg., Th. 33, S. 310, und ganz beſonders Rudorff, das Recht der Vormundſchaft aus den gemeinen in Teutſchland geltenden Rechten entwickelt, Bd. 1—3. Berlin 1832—1834. Der zuletzt angeführte Schriftſteller gibt Bd. 1, S. XXII–XXVI, auch eine vollſtändige Ueberſicht der älteren und neueren Literatur.

2) So cura aegri, viarum, calendarii. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 72.

3) Siehe die Beweisſtellen bei Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 23. Auch wechſelt in dieſer Beziehung cura mit tutela ab. Vergl. Horat. sat. II. 3. v. 218. Aur. Vict. de V. illustr. c. 74. Der Ausdruck curatela, welcher ſogar in die teutſche Kunſtſprache der Juriſten übertragen worden iſt, findet ſich nirgends vor.

unterſcheidet, zeigt die Geſchichte beider Inſtitute, und wird von den neueren Rechtsgelehrten einſtimmig anerkannt. Nur darüber herrſcht viel Streit unter den Letzteren, welches die wahren Unterſchiede zwiſchen beiden Inſtituten ſeien. Nach der gewöhnlichen Meinung behauptet man, das Eigenthümliche der Tutel beſtehe darin, daß der Tutor der Perſon des Pflegbefohlenen, der Curator hingegen der Sache zugeordnet werde, d. h. daß dem Tutor die Sorge für die Erziehung und Erhaltung des Pflegbefohlenen zuſtehe, dem Curator hingegen die Verwaltung des Vermögens obliege [4]). Man drückt dieſen Unterſchied gewöhnlich mit der ſprüchwörtlich gewordenen Redensart aus: tutor personae datur, curator rei. Allein ſo richtig es iſt, daß die Verpflichtung des Curators hauptſächlich in der Vermögensverwaltung des Pflegebefohlenen beſteht [5]), ſo iſt doch die oben angeführte Meinung deßhalb zu verwerfen, weil ſie auf einer ſchiefen Anſicht von der römiſchen Tutel beruht, und nur aus mißverſtandenen Quellenzeugniſſen entſtanden iſt. Denn wenn in den römiſchen Rechtsquellen von der Tutel behauptet wird, tutorem personae, non rei vel causae dari [6]), ſo erſcheinen ſolche Stellen eines Theils deßhalb, weil ſie nur von der teſtamentariſchen Tutel ſprechen, untauglich, um aus ihnen den Begriff der Tutel zu entwickeln, anderen Theils ſollen die oben ausgezeichneten Worte dem Zuſammenhange des Ganzen nach nur ſoviel beſagen, daß der teſtamentariſche Tutor für alle Geſchäfte eines Pflegbefohlenen, nicht aber für ein einziges Geſchäft oder einen einzigen Prozeß beſtellt werden könne [7]). Vielmehr iſt der wahre Unterſchied zwiſchen Tutel und Curatel nach dem Vorgange Löhr's [8]) in der Verſchiedenheit der auctoritas tutoris und des consensus curatoris zu ſuchen. Daß das Auctoriren einen Hauptbeſtandtheil der Tutel nach den Anſichten der römiſchen Juriſten ausmachte, ja ſogar als der einzige weſentliche Beſtandtheil galt, geht daraus hervor, daß nach dem römiſchen Sprachgebrauche tutor und auctor [9]), ingleichen suae tutelae und suae auctoritatis esse [10]) zur Bezeichnung deſſelben Begriffes gebraucht werden, daß ferner das Weſen der älteren tutela mulierum nicht ſowohl in die Geſchäftsführung (negotiorum gestio) als vielmehr ganz allein in die auctoritatis interpositio geſetzt wird [11]), daß diejenigen, welche nicht auctoriren können, auch nach den Satzungen des römiſchen Rechtes von der Tutel ausgeſchloſſen

---

4) Vergl. über dieſe Controverſe v. Löhr, über die römiſchen Begriffe von Tutel und Curatel, in Grolman's und v. Löhr's Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung, Bd. III, S. 15—27, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 104 flg.

5) L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.)

6) L. 12. 13. u. 14. D. de testamentaria tutela. (26. 2.) §. 4. J. qui testamento tutores dari possunt. (1. 14.) Vergl. Theoph. ad h. l.

7) Vergl. v. Savigny, über den Beruf unſerer Zeit zur Geſetzgebung, S. 104, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 29, S. 13.

8) A. a. O. in Grolman's Magazin für Rechtswiſſenſchaft, Bd. III, S. 21—71.

9) Cic. pro Caec. cap. 25.

10) Spart. Hadr. cap. 18.

11) Caius inst. I. §. 190. Ulp. fr. 11. §. 25.

ſind [12]), und daß endlich in den römiſchen Rechtsquellen die Frage aufgeworfen wird, ob auch der Tutor, welcher zufällig niemals auctoritas interponirte, mit der tutelae actio belangt werden könne [13]). Die hier vertheidigte Meinung wird auch dadurch beſtätigt, daß die Geſchäftsführung (negotiorum gestio) als ein unweſentlicher Beſtandtheil der Tutel in den römiſchen Rechtsquellen dargeſtellt erſcheint, da ſie bei der mulierum tutela ganz wegfällt, und auch in der Pupillentutel manchmal fehlt [14]). Dem Curator wird dieſe auctoritas ganz abgeſprochen [15]), und wenn ſchon derſelbe auch zu manchen Geſchäften ſeines Curanden ſeine Einwilligung zu ertheilen hat, wie z. B. zur Arrogation, zu Prozeſſen und Zahlungen, ſo heißt doch dieſelbe in der Kunſtſprache consensus [16]) und iſt von der auctoritas nicht allein ihrem Zwecke, ſondern auch ihrer Form nach verſchieden. Dem Zwecke nach: denn das Auctoriren des Tutors iſt beſtimmt, die politiſche Unſelbſtſtändigkeit des Pflegbefohlenen zu ergänzen [17]), während der Conſens des Curators nur ein bloßer Rath iſt, welcher da ertheilt wird, wo das poſitive Recht nicht will, daß ein zwar rechtlich vollkommner, aber noch unerfahrener Menſch unberathen handle, oder eine Erlaubniß, die er gibt, wo ihm, nicht dem Curanden allein das Recht der Adminiſtration zuſteht [18]). Mithin ſteht der Tutor mit dem Pflegbefohlenen, dem er auctorirt, in dem Verhältniſſe der Perſoneneinheit [19]), und kann alſo in einem auf dieſe Weiſe abgeſchloſſenen Geſchäfte nicht Partei gegen ſeinen Pflegbefohlenen bilden, während der Curator in Betreff ſeines Mündels zwar als eine, dieſem vom Staate beigeordnete Perſon erſcheint, die aber gleichwohl mit demſelben nicht im Verhältniſſe der Perſoneneinheit ſteht, und deßhalb auch gegen ihn Partei nehmen kann [20]). Der Form nach: denn ſoll die Ab-

---

12) L. 1. §. 2. D. de tutelis. (26. 1.)

13) L. 18. pr. D. de administr. et periculo tut. (26. 7.)

14) L. 49. D. de adquirenda vel omitt. haered. (29. 2.), vergl. mit L. 1. §. 2. D. de administr. (26. 7.)

15) L. 19. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. (26. 8.) L. 17. §. 1. D. de appellat. (49. 1.)

16) L. 2. C. qui legitimam personam standi in iudicio. (3. 6.) L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 7. L. 26. C. de administr. (5. 37.) Rubr. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. (26. 8.) Aus dieſen Stellen geht zugleich ſoviel als gewiß hervor, daß es nicht im eigentlichen Sinne geſagt ſein kann, wenn manchmal demungeachtet dieſe Einwilligung des Curators auctoritas heißt. L. 17. §. 1. D. 49. 1. L. 8. D. de adoptionibus. (1. 7.) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) Vergl. Löhr a. a. O. Th. III, S. 34.

17) L. 189. D. de R. I. (50. 17.) L. 5. D. ibid. L. 25. D. de manum. vindicta. (40. 2.) L. 32. §. 2. D. de acquir. vel. omitt. possess. (41. 2.) Ueberhaupt gilt der Mündel, dem der Tutor beigegeben iſt, für eine unvollſtändige Perſon, welche erſt durch den Zutritt der auctoritas zum einzelnen, vom Mündel abgeſchloſſenen Geſchäfte vervollſtändigt wird. Vergl. L. 5. C. de iure delib. (6. 30.) mit L. 9. D. 26. 5. L. 9. D. de acquirenda vel. omitt. her. (29. 2.) L. 17. §. 1. D. de appell. (49. 1.)

18) L. 3. C. de in integrum restit. (2. 22.)

19) L. 5. pr. D. 26. 8. L. 5. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 13. D. de SC. Trebell. (36. 1.)

20) L. 1. §. 13 u. 14. D. 36. 1. Vergl. Löhr a. a. O. Th. III, S. 37–39.

gabe der auctoritas von Seiten des Tutor giltig ſein, ſo muß derſelbe ſeine Einwilligung ſogleich[21]) in eigener Perſon, unbedingt[22]) und ausdrücklich erklären, da ſelbſt bei ſolchen Geſchäften, welche ohne perſönliche Gegenwart abgeſchloſſen werden können, der Tutor in dem Augenblicke, wo ſein Mündel ſeine Einwilligung gibt, gegenwärtig ſein muß[23]), während ſich nicht die geringſte Spur davon findet, daß der consensus des Curator gleichmäßig beſchränkt ſei.

Was die Geſchichte der cura anbetrifft, ſo iſt dieſelbe jedenfalls eben ſo alt, wie die Tutel; doch kennt das älteſte Recht zunächſt nur gewiſſe Fälle derſelben, welche im prätoriſchen Edicte und durch einzelne Senatusconſulte und Conſtitutionen bedeutend vermehrt worden ſind, und in dieſer Geſtalt auch noch im Juſtinianiſchen Rechte fortdauern. Die beiden älteſten Arten der Curatel, welche ſchon die 12 Tafeln anerkennen, ſind die über Wahnſinnige und Verſchwender[24]), indem dieß Geſetz verfügte, daß ſolche Perſonen in der cura ihrer Agnaten und Gentilen ſtehen ſollten, doch erſtreckte ſich in Betreff der Verſchwender die Verfügung des Geſetzes nur auf Freigeborne, welche ihrem Vater Inteſtaterben geworden ſind[25]). Auch iſt die Beſchränkung der cura über Wahnſinnige auf ſolche Fälle, wo der Pflegbefohlene des unmündigen Alters halber nicht ſchon einen Tutor hatte, ſpäteren Urſprungs und beruht auf einer von Quintus Mucius zuerſt aufgeſtellten und nachher allgemein gebilligten Erklärungsweiſe des Zwölftafelgeſetzes[26]). Die weitere Ausbildung dieſes Inſtituts gehört dem Prätor an. Zunächſt ertheilte derſelbe aus eigener Machtvollkommenheit den Verſchwendern Curatoren, welche Libertinen waren, und ſolchen Freigeborenen, welche ihren Vater aus einem Teſtamente beerbt hatten[27]). Auch wurde es Sitte und Gerichtspraxis, daß jedem, in welchem man nach vorhergehender Unterſuchung ſolche phyſiſche und geiſtige Mängel aufgefunden hatte, welche ihn zur eigenen Verwaltung ſeiner Angelegenheiten unfähig erſcheinen ließen, in Rom von dem Prätor und in den Provinzen von den Statthaltern derſelben ein Curator beſtellt wurde[28]). Ferner wurde, wo der geſetzliche Curator zur Verwaltung untauglich war, daneben ein honorarius curator beſtellt[29]), und den dem pubes oder maior furiosus im väterlichen Teſtamente ge-

---

21) L. 9. §. 5. D. 26. 8. §. 2. J. de auctoritate tut. (1. 21.) L. 31. pr. D. de usurpationibus. (41. 3.) L. 25. §. 4. D. 29. 2. L. 10. u. 14. D. 26. 8.

22) L. 8. D. 26. 8.

23) L. 9. §. 6. D. 26. 8. Fragm. vet. iureconsulti de manumiss. §. 15. Vergl. Cuiacii observ. lib. XIII. cap. 31.

24) Ulpiani fragm. 12. §. 2. §. 3. J. de curatoribus. (1. 23.) Vergl. Dirkſen, Ueberſicht der bisherigen Verſuche zur Kritik und Herſtellung des Textes der Zwölftafelfragmente, S. 369—372.

25) Ulp. fr. 12. §. 3.

26) L. 3. pr. D. de tutelis. (26. 1.)

27) Ulp. fr. 12. §. 3.

28) L. 8. §. 3. D. de tutor. et curator. (26. 5.) L. 12. pr. D. ibid. L. 2. D. de curat. furioso. (27. 10.) §. 3 u. 4. J. 1. 23.

29) L. 13. D. 26. 5.

gebenen Curator mußte der Prätor nach einem Reſcripte des Kaiſers Marcus Aurelius beſtätigen[30]), und dadurch iſt die weitere Frage veranlaßt worden, ob der nicht auch ſchon für einen Verſchwender gelten müſſe, welchem der Vater als ſolchem einen Curator gegeben, ſo daß es weiter keiner Interdiction bedarf[31]). — Neben dieſen häufigern Fällen der cura bildete ſich ganz unabhängig davon das Inſtitut der Curation über Minderjährige aus. Die erſte Veranlaſſung dazu gab die der circumscriptio adolescentium entgegenwirkende lex Plaetoria[32]), welche, da ſie von Plautus[33]) erwähnt wird, doch wohl älter ſein muß, als das Jahr der Stadt 570, in welchem dieſer Komödiendichter glaubhaften Zeugniſſen zu Folge geſtorben iſt. Wahrſcheinlich wurden indeß den Minderjährigen nach dieſem Geſetze vorerſt nur den Umſtänden nach oder für einzelne Zwecke Curatoren zugeordnet und erſt ſpäterhin erhielt dieſe Alterscuratel eine feſte Geſtalt, ſeitdem durch eine Verordnung von Marcus Aurelius[34]) die früherhin nothwendige causae cognitio überflüſſig geworden war und die Ernennung ſolcher Curatoren jedenfalls auf die ganze Zeit der Minderjährigkeit erfolgte. In dieſer Geſtalt wird ſie in den Schriften der claſſiſchen Juriſten, eines Ulpian, Paullus, Modeſtinus u.ſ.w. dargeſtellt, und damit hängt es zuſammen, wenn Ulpian berichtet, es ſei nach kaiſerlichen Conſtitutionen dem Tutor zur Pflicht gemacht worden, den mündig gewordenen Pupillen zu ermahnen, daß er ſich von der Obrigkeit einen Curator erbitte[35]). Auch kann es nur als eine Einwirkung der bereits feſtſtehenden Alterscura angeſehen werden, daß eine cura furiosi über einen Minderjährigen nach einem Reſcripte Caracalla's nicht möglich iſt, ſo lange demſelben ein Altersvormund beigegeben iſt[36]). Endlich kam man dahin, zu behaupten, daß der dem pubes blos des Alters halber vom Vater im Teſtamente beſtellte Vormund bis zur Majorennität confirmirt werden müſſe[37]). — Aber auch einem impubes einen Curator zu beſtellen, konnte die Obrigkeit Veranlaſſung haben, da nämlich, wo gerade der Tutor verhindert iſt oder mit ihm ſelbſt verhandelt werden ſoll, und die zu verhandelnde Sache von der Art iſt, daß es nicht dazu wiederum der Beſtellung eines Tutor bedarf[38]). — Auf einem beſonderen Edicte des Prätors beruht die cura ventris[39]), und auf der durch dieſes Rechtsorgan gebildeten Rechtspraxis jede andere, blos zur custodia bo-

30) L. 16. pr. D. de curator. furioso. (27. 10.)
31) L. 16. §. 1 u. 3. D. 27. 10.
32) Cic. de off. III. 15. Capitol. Marc. c. 10.
33) Pseud. I. scen. 3. v. 68., vergl. mit Rudens V. scen. 3. v. 24.
34) Capitol. Marc. 10.
35) L. 5. §. 5. D. de administr. (26. 7.) L. 7. §. 2. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) L. 7. C. qui petant tutores (5. 31.), vergl. mit L. 33. §. 1. D. 26. 7.
36) L. 3. §. 1. D. 26. 1.
37) L. 6. D. 26. 3. L. 1. §. 3. u. L. 2. §. 1. D. ibid. L. 3. §. 5. D. 26. 7. §. 1. J. de curatoribus. (1. 23.)
38) §. 5 u. 6. J. 1. 23.
39) Tit. Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. (37. 9.) L. 8. D. de curat. (27. 10.)

norum anzuordnende Curation, namentlich die bei der bonorum distractio im Falle des Concurſes eintretende cura bonorum, welche in der älteren Zeit, wo der Concurs in der Form der bonorum venditio abgeſetzt wurde, nur ausnahmsweiſe und bei clarae personae eintrat [40]), und in ſpäteren Zeiten ſeit dem Verſchwinden der bonorum venditio zum Weſen des Concursverfahrens gerechnet wurde; ferner die cura hereditatis iacentis [41]) und die über das Vermögen eines von den Feinden Gefangenen, ſo lange noch Poſtliminium zu hoffen iſt [42]). Im Juſtinianiſchen Rechte, wo dieſe einzelnen Gattungen der cura noch unabhängig neben einander fortbeſtehen, haben einige davon eine weitere Ausdehnung erhalten, als dieß zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten der Fall war, z. B. die cura bonorum im Concurſe.

Was die gangbarſten Eintheilungen der Curation anbetrifft, ſo unterſcheidet man 1) in Betreff der der cura unterworfenen Perſonen. Phyſiſche Perſonen ſind nur dann von der Beſorgung ihrer Geſchäfte ausgeſchloſſen, wenn ſie ungeboren, unmündig, minorenn, wahnſinnig, Verſchwender, preßhaft, abweſend, verſchuldet oder verſtorben ſind, und brauchen alſo nur in dieſen Fällen einen Curator. Hiernach zerfällt die cura nach Anleitung der Juſtinianiſchen Rechtsquellen in cura ventris, pupilli, minoris, furiosi, prodigi, debilis, absentis, bonorum, hereditatis iacentis und ex edicto Carboniano. 2) In Betreff des Inhaltes der cura unterſcheidet man zwiſchen cura plena und minus plena, je nachdem ſie ein volles Adminiſtrationsrecht oder eine bloße custodia bonorum enthält, verbunden mit der Diſtraction von Sachen, welche ſich nicht aufbewahren laſſen. In gleicher Beziehung unterſcheidet man zwiſchen curae personales und reales (auch bonorum genannt). Jene ſind ſolche, welche ſich auf das leibliche Wohl und die perſönlichen Bedürfniſſe des Curanden beziehen, wie die cura über Ungeborene, Pupillen, Minderjährige, Wahnſinnige und Verſchwender. Dieſe ſind ſolche, welche ſich nur auf die Verwaltung und custodia der Güter beziehen, wie z. B. die cura bonorum im Concurſe. Daneben nennen die neueren Rechtsgelehrten wohl noch curae mixtae, d. h. ſolche, in welchen beide Functionen vereinigt ſind: die Sorge für das leibliche Wohl und die perſönlichen Bedürfniſſe des Curanden und die Vermögensverwaltung, z. B. in der cura über einen Wahnſinnigen [43]). Den römiſchen Rechtsquellen ſind dieſe Kunſtausdrücke fremd, und die zuletzt genannte Gattung der Curen wird in denſelben mit den Ausdrücken curatorem

40) L. 5. D. de cur. bon. d. (42. 7.), vergl. mit L. 5. u. 9. D. de cur. fur. (27. 10.)

41) L. 3. D. de curat. fur. (27. 10.) L. 1. §. 13. D. de coll. (37. 6.) L. 8. D. quibus ex caus. (42. 4.)

42) L. 15. pr. D. ex quibus caus. maiores. (4. 6.) L. 6. §. 4. D. de tutelis. (26. 1.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causis in poss. (42. 4.) L. 3. C. de postlim. revers. (8. 51.)

43) L. 48. D. 26. 7. L. 1. §. 17—24. D. 37. 9. L. 7. pr. D. 27. 10.

bonis dari[44]), bonis peti[45]), ja manchmal ſogar bonorum curatorem dari[46]) nur inſofern bezeichnet, als das ganze Vermögen einer phyſiſchen Perſon der Gegenſtand derſelben iſt. 3) In Rückſicht des Umfanges der cura unterſcheidet man zwiſchen cura generalis und specialis, je nachdem der ernannte Curator zur Beſorgung aller Geſchäfte und Angelegenheiten ſeines Pflegbefohlenen oder nur zur Beſorgung einzelner beſtellt iſt. Die Beſtellung von Specialcuratoren geſchieht, z. B. zur Führung eines Prozeſſes[47]), zur Beſtellung eines Heurathsgutes für die Mündel[48]), zur Verabreichung von Alimenten an dieſelbe[49]). Die römiſchen Rechtsquellen, welche dieſe Unterſcheidung anerkennen[50]), bezeichnen den Specialcurator öfters mit der Umſchreibung: ad certam caussam[51]), oder ad species datus curator[52]). 4) In Rückſicht auf die Veranlaſſung zur Ernennung eines Curator theilt man die cura in freiwillige (voluntaria cura) und in nothwendige (necessaria), von denen jene nur auf eine vom Curanden ſelbſt ausgehende Petition, dieſe aber wider, oder doch wenigſtens ohne deſſen Willen angeordnet wird. Das bekannteſte Beiſpiel der freiwilligen Curation iſt die cura minorum[53]). 5) In Rückſicht auf ihre Entſtehungsgründe zerfällt die cura in legitima und dativa oder honoraria, je nachdem ſie entweder durch geſetzliche Verfügung oder durch Decret des Prätors Jemand übertragen wird[54]). Von dieſen beiden Gattungen iſt die geſetzliche Curation jedenfalls die älteſte, da ſie ſich ſchon in dem Zwölftafelgeſetze erwähnt findet.

Die Entſtehungsgründe der Curation ſind nach römiſchen Anſichten nur das Geſetz (lex) und das Decret des Magiſtrates. Das Zwölftafelgeſetz, welches die geſetzliche Curation eingeführt hat, beſchränkte ſie nur auf Wahnſinnige und erklärte Verſchwender, und übertrug ſie zunächſt den Agnaten des Curanden[55]), und erſt bei deren Wegfall den Genti-

---

44) L. 3. D. de curatoribus furioso. (27. 10.) L. 1. §. 18. D. de ventre in possess. mitt. (37. 9.) L. 1. D. de muneribus. (50. 4.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causis. (42. 4.)

45) L. 1. §. 17. D. 37. 9.

46) L. 8. D. 27. 10. L. 41. D. de administr. et periculo tut. (26. 7.) L. 2. D. de feriis et dilat. (2. 12.)

47) §. 2. J. 1. 23. L. 3. C. de in litem dando tutore vel curatore. (5. 44.)

48) L. 28. C. de iure dotium. (5. 12.)

49) L. 6. D. ubi pupillus. (27. 2.)

50) L. 28. C. 5. 12.

51) §. 2. J. 1. 23.

52) L. 8. D. rem pupilli. (46. 8.)

53) §. 2. J. 1. 23. L. 13. §. 2. D. de tut. et curat. (26. 5.) L. 2. §. 4. D. qui petant. (26. 6.) L. 43. §. 3. D. de procuratoribus et defensoribus. (3. 3.) L. 6. C. qui petant tutores. (5. 31.)

54) Ulp. fragm. 12. 1.

55) Cic. de republ. 3. 33. Ulp. fr. 12. §. 2. §. 3. J. 1. 23. Daher der Ausdruck agnatus furiosi auch häufig für curator furiosi legitimus gebraucht wird. L. 12. D. de curatoribus furioso. (27. 10.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 208, Note 10.

len [56]). Es erſcheint mithin dieſe Gattung der cura als eine Folge des älteren römiſchen Familienverhältniſſes und als eine Berechtigung der einzelnen Familienglieder, worauf wohl auch die Bemerkung deutet, daß die geſetzliche Curation über den Verſchwender nicht anders eintreten ſoll, als wenn der Erblaſſer deſſelben ohne Teſtament verſtorben iſt. Von den Agnaten konnten natürlich nur Männer Curatoren ſein, da noch im ſpäteren Rechte die Regel feſtſtand, daß Frauen nie eine Curation übernehmen können. Für die Rangordnung der einzelnen Agnaten unter ſich haben wir keine beſonderen Zeugniſſe der claſſiſchen Juriſten, doch läßt die Analogie der Tutel [57]) vermuthen, daß hier dieſelbe Rangordnung ſtattfand, wie bei dem Erbrechte, d. h. daß der dem Grade nach entferntere Verwandte vom näheren ausgeſchloſſen wurde, und daß erſt mehrere gleich nahe Agnaten Concuratoren wurden. Von dieſen geſetzlichen Curatelen iſt die gentiliciſche nach dem Ausſterben der patriciſchen Geſchlechter weggefallen, und wenn Cicero und Varro ihrer noch gedenken und auch unter Auguſt und Trajan noch von den gentilicia iura im Allgemeinen die Rede iſt, ſo war ſie doch ſchon zu den Zeiten der claſſiſchen Pandektenjuriſten in Vergeſſenheit gekommen [58]). Die agnatiſche Curatel hingegen beſtand bis zu den Zeiten Juſtinian's nach den oben angeführten Regeln fort [59]). Indeſſen wurden ſchon zeitig einzelne Cognaten, weil ſie ein geſetzliches Erbrecht erhielten, auch in die Reihe der Agnatencuratoren aufgenommen. Namentlich ſoll ſich der Sohn nicht der Curation über ſeine wahnſinnige Mutter entziehen [60]), da er derſelben gleiche Liebe, wie ſeinem Vater ſchuldig iſt, und ſeit dem SC. Orfitianum auch ein geſetzliches Erbrecht an ihren Gütern erlangt hat; auch ſollen ſich nach einer Verordnung von Anaſtaſius emancipirte Kinder nicht mehr unter dem Vorwande der capitis deminutio der cura ihrer wahnſinnigen Geſchwiſter entziehen [61]). Jedoch ſtanden die gedachten Modificationen nur einzeln da bis zu Juſtinian's Novelle 118, durch welche das alte Recht der Agnaten auch dem Princip nach völlig geſtürzt und die Vormundſchaft der Cognaten an ihre Stelle geſetzt wurde [62]). Denn wenn gleich der Kaiſer in dieſem Geſetze die Curation über Wahnſinnige und Verſchwender nicht ausdrücklich nennt, ſo ſteht es doch nicht zu bezweifeln, daß der daſelbſt gebrauchte allgemeine Ausdruck ἐπιτροπὴ nicht allein die Tutel, ſondern auch die cura umfaſſe. Der Begriff der Cognaten in Betreff unſerer Lehre iſt ganz derſelbe, wie im Juſtinianiſchen Erbrechte. Auch

---

56) Cic. de invent. rhet. II. 50. Auctor ad Herennium 1. 13. Varro de re rust. 1. 2. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 211.

57) Caius inst. I. §. 64. §. 7. J. de cap. demin. (1. 16.) L. 9. D. de legitimis tutoribus. (26. 4.)

58) Vergl. Caius inst. III. 17. Ulp. in Collat. L. Mos. XVI. 4. mit Ulp. fr. XI. 4., XII. 2.

59) L. 5. C. de curatore furiosi. (5. 70.) L. 7. §. 6. C. ibid. L. 27. C. de episcopali audientia. (1. 4.) Theoph. paraphr. inst. 1. 23. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 179.

60) L. 4. D. 27. 10.

61) L. 4. C. de legitima tut. (5. 30.) L. 5. C. 5. 70.

62) Nov. 118. cap. 5.

die Rangordnung unter den Cognaten iſt ganz die der Juſtinianiſchen Erbfolgeclaſſen. Wer in einer früheren Claſſe erbt, ſchließt die folgenden Claſſen aus. Erben Mehrere in derſelben Claſſe, ſo werden ſie Alle zuſammen zur Curation berufen, jedoch mit Ausſchluß der Frauen und der Minderjährigen. Nach den halbbürtigen Geſchwiſtern folgen die übrigen Verwandten nach der Nähe des Grades. Der Nähere ſchließt den Entfernteren aus; ſind Mehrere in demſelben Grade verwandt, ſo kommen ſie zugleich zur Vormundſchaft. — Was den anderen Entſtehungsgrund der Curation, das Decret des Magiſtrates angeht, ſo kann daſſelbe nur inſofern wirkſam ſein, als gewiſſe Erforderniſſe zuſammentreffen. Dieſe ſind folgende: 1) es darf kein geſetzlicher Vormund vorhanden ſein. Dieß Erforderniß beruht auf der Regel, daß dem, welcher bereits einen Curator hat, kein anderer Curator gegeben werden könne [63]), und wird in Betreff der cura über Wahnſinnige und Verſchwender, welches auch ſchon nach dem älteren Rechte die einzigen Fälle der geſetzlichen Curation waren, durch ausdrückliche Quellenzeugniſſe außer Zweifel geſetzt [64]). 2) Es darf auch kein confirmirter Vormund da ſein, da das Daſein eines ſolchen die Beſtellung eines neuen Curators ſchon nach dem oben Geſagten ausſchließt [65]). 3) Der Vormund muß von der Behörde ernannt werden, welche das Recht hat Curatoren zu beſtellen. Im alten Rechte ſcheinen dieſelben einſeitig vom Prätor beſtellt worden zu ſein. Darauf deutet nicht allein der Ausdruck honorarii curatores, quos ipse praetor voluerit [66]), ſondern auch der Umſtand, daß viele Fälle der curatoris datio genau mit der prätoriſchen Jurisdiction und dem Imperium zuſammenhängen, wie die cura über Verſchwender, Ungeborene, ex edicto Carboniano und bonis distrahendis. Für das Juſtinianiſche Recht ſcheint der Ausſpruch der Juſtinianiſchen Inſtitutionen entſcheidend, daß Curatoren von denſelben Magiſtraten, welche zur Beſtellung eines Tutor befugt ſind, gegeben werden müſſen [67]). Nun erſcheint aber in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen das Recht, Tutoren zu beſtellen, als ein von der Jurisdiction und dem Imperium getrenntes Recht, welches durch ſpecielle Vorſchrift des Geſetzes dem Magiſtrate übertragen wird [68]), und als ſolche werden in denſelben für Rom der Prätor, insbeſondere der von Marcus Aurelius eingeführte praetor tutelaris [69]), und der prae-

---

63) L. 10. C. qui dare tutores. (5. 34.) Ueber die entgegenſtehende L. 20. §. 1. D. de tut. et curat. (26. 5.) vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 380.

64) L. 13. D. de curat. fur. (27. 10.) L. 7. §. 6. C. de curat. fur. (5. 70.) Theoph. par. inst. I. 23. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 179.

65) L. 6. D. de confirm. tutore. (26. 3.) L. 16. D. 27. 10.

66) Ulp. fragm. XII. 1. 3. 4.

67) §. 1. J. 1. 23. Damit ſtimmen im Ganzen auch die Nachrichten in §. 5. J. ibid. überein.

68) L. 6. §. 2. D. de tutelis. (26. 1.) Doch wird die Beſtellung eines Tutor zum officium des ius dicens gerechnet in L. 2. D. de iurisdictione. (2. 1.)

69) §. 3. J. de Atiliano tut. (1. 20.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 317. Vorher beſtellten auch die Conſuln extra ordinem Tutoren für

fectus urbi genannt, und der Letztere beſtellte zur Zeit der claſſiſchen Juriſten dieſelben allein [70]), in den ſpäteren Kaiſerzeiten aber ward ihm zu dieſem Acte durch kaiſerliche Conſtitutionen noch ein Conſilium von zehn Senatoren ſammt dem Tutelarprätor beigegeben [71]), und im Juſtinianiſchen Codex iſt dieſe ſeine Competenz zur Bevormundung unter der gleichen Beſchränkung nur auf die Beſtellung eines Vormundes für Pupillen und Minderjährige, welche den Rang der illustres und clarissimi haben, bezogen worden [72]). Auch zur Bevormundung eines Wahnſinnigen iſt dieſelbe Behörde von Juſtinian für competent erklärt worden, da er verordnet, daß, wenn der Wahnſinnige zu den nobiles gehört, der Präfect in Conſtantinopel den Senat zuziehen, ſonſt aber allein den Curator ex inquisitione ernennen ſolle [73]). — Für das übrige Italien war der Prätor oder der Juridicus zur Zeit der claſſiſchen Juriſten dann competent, wenn der zu Bevormundende ſich ſofort an ihn wandte, oder im Gerichtsbezirk des competenten Stadtgerichtes keine tauglichen Subjecte zu finden waren [74]). In allen übrigen Fällen waren zur Zeit der claſſiſchen Juriſten die Municipalmagiſtrate zur Beſtellung eines Vormundes berechtigt; nur ſind ſie für Wahl und Cautionsleiſtung deſſelben ſeit Trajan verantwortlich, was beim Prätor und den Juridici nicht der Fall iſt. In Abweſenheit der Magiſtrate tritt die Curie an ihre Stelle [75]), doch ſteht derſelben die Dation nur dann zu, wenn die Mehrzahl der Decurionen verſammelt iſt [76]). In der ſpäteren Kaiſerzeit ſanken aber die Municipalmagiſtrate noch tiefer, da ſie nur auf Befehl des Präſes und ſelbſt dann nur ärmeren Pupillen Vormünder beſtellen konnten [77]). — Für die Provinzen waren ſchon ſeit der Zeit der lex Iulia et Titia die Statthalter derſelben zur Beſtellung von ordentlichen Tutoren berechtigt [77a]), und ſelbſt wo außerordentliche zu beſtellen waren, war ihnen nach den Senatsconſulten die Ernennung derſelben überlaſſen [78]), und ſelbſt die ganze curatoris datio iſt im claſſiſchen Pandektenrechte den Proconſuln und Präſides der verſchiedenen Provinzen beigelegt [79]). Neben dieſen werden der

---

Pupillen nach einem Geſetze des Claudius. Vergl. Suet. Claud. 23. Plin. epist. 9. 13. Caius inst. 1. §. 200. L. 1. §. 1. D. de conf. tut. (26. 3.) Fr. Vat. §. 155. 203. Capitol. Marc. c. 10. §. 3. J. de Atil. tut. (1. 20.)

70) L. 45. §. 3. D. de excus. (27. 1.) §. 4. J. 1. 20.

71) L. 3. Theod. C. de tut. et curat. creandis. (L. 1. C. Iust. 5. 23.)

72) L. 1. u. 2. C. 5. 23.

73) L. 7. §. 6. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 353.

74) L. 24. D. 26. 5., vergl. mit L. 1. §. 10. D. de magistratibus conveniendis. (27. 8.)

75) Vat. fr. §. 191. L. 1. C. ubi petantur. (5. 32.) L. 1. pr. u. §. 9. D. de mag. conven. (27. 8.) L. 19. §. 1. D. 26. 5. L. 29. D. ibid. L. 3. D. ibid.

76) L. 19. pr. D. 26. 5.

77) §. 4. J. 1. 20.

77a) Caius inst. I. 185. Ulp. fr. XI. 18. Pr. J. 1. 20. Theoph. ad h. l.

78) Ulp. fr. XI. §. 20.

79) L. 11. D. de officio praesidis (1. 18.), vergl. mit Caius inst. 1. §. 200. L. 1. pr. D. 27. 10. L. 2. L. 7. §. 2. D. ibid. L. 8. §. 3. u. L. 12. pr. D. 26. 5. §. 5 u. 6. J. 1. 23.

praefectus Augustalis Aegypti genannt [80]), und die interimiſtiſchen Vorſteher der Provinzen, welche von dem Augenblicke an, wo ſie die Provinz betreten, bis zu der Zeit, wo ſie die Ankunft ihres Nachfolgers erfahren, zur Beſtellung eines Tutor berechtigt ſind [81]). Von den Stellvertretern der Statthalter war nur der legatus proconsulis in den Senatsprovinzen zur Beſtellung eines Tutor berechtigt [82]), und für die kaiſerlichen Provinzen findet ſich nichts Aehnliches verordnet [83]). Neben dieſen Behörden wird auch der Stadtrichter von Alexandrien als zur Bevormundung befugt genannt [84]). In den Provinzialſtädten mit ius Italicum hatten die Behörden und Curien in Betreff der Beſtellung von Tutoren und Curatoren ganz dieſelben Berechtigungen, wie in Italien [85]). In den übrigen Pronvinzialſtädten, welche nicht einmal eigene Magiſtrate hatten, konnten die Curien dem Statthalter die zu beſtellenden Vormünder nur auf eigene Verantwortlichkeit vorſchlagen, und mit der eigentlichen Beſtellung derſelben hatten ſie nichts zu ſchaffen [86]). Eine neue Unterſcheidung begründete in den Provinzialſtädten eine griechiſche Conſtitution Kaiſer Juſtinian's, welche in den lateiniſchen Handſchriften des Codex ausgefallen und erſt von den neueren Rechtsgelehrten als const. 30. C. de episcopali audientia (1. 4.) aus der collectio XXV. capitulorum [87]) reſtituirt worden iſt. Nach dieſem Geſetze ſoll bei der Bevormundung unterſchieden werden, ob das Vermögen des zu bevormundenden Pupillen oder Minorennen über 500 solidi beträgt oder darunter. In jenem Fall gehört die Dation noch immer vor den Statthalter der Provinz, und die Localbehörden können nur in Folge einer Commiſſion den Vormund ernennen. In dieſem Falle hingegen ſoll der ohnehin ärmere Pflegling mit den Koſten der Reiſe oder Correſpondenz an den entfernten Statthalter verſchont bleiben und deßhalb die Ortsobrigkeit befugt ſein, auch ohne Vollmacht des Präſes die Beſtellung der Tutoren und Curatoren vorzunehmen. Als Ortsbehörden werden in dieſem Geſetze die Defenſoren und die Strategen, für Alexandrien der Juridicus genannt; doch ſollen dieſelben nicht allein handeln, ſondern den Biſchof der Stadt zuziehen, welcher nicht blos ſeinen Rath ertheilen, ſondern auch der Wahl perſönlich beiwohnen muß. Auch ſollen in den Städten, in welchen dergleichen vorhanden ſind, auch noch öffentliche Perſonen (δημόσια πρόσωπα) zugezogen werden, worunter wahrſcheinlich die Tabularien und sribae zu verſtehen ſind. In den Juſtinianiſchen Inſtitutionen [88]) findet ſich ein wenig genauer Auszug dieſer Conſtitution, in welchem un-

80) L. 1. pr. D. 26. 5.

81) L. 1. pr. D. 26. 5. L. 17. D. de off. praesidis. (1. 18.)

82) L. 15. pr. D. de officio proconsulis. (1. 16.) L. 1. §. 1. D. 26. 5.

83) Arg. L. 8. D. 26. 5. L. 1. pr. u. §. 1. D. de officio eius, cui est mandata iurisd. (1. 21.)

84) L. 2. D. de officio iuridici. (1. 20.)

85) L. 1. §. 2. 3. D. 27. 8. L. 46. §. 6. D. de administrat. (26. 7.)

86) L. 1. in fin. C. 5. 33.

87) Vergl. Heimbach, Ἀνέκδοτα tom. II. p. 174.

88) §. 5. J. 1. 20. Daß die Leſeart richtig iſt, ergibt ſich aus Theoph. ad h. l. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 366.

ter den publicae personae die Magiſtrate und der Juridicus von Alex-andrien verſtanden werden. Dieſe Conſtitution bezieht ſich indeß nur auf die Altersvormundſchaft. Die Beſtellung eines Curator für einen Wahnſinnigen bleibt in den Provinzen nach einer beſonderen Verordnung Juſtinian's [89]) dem Statthalter derſelben unter Zuziehung des Stadtbiſchofs und dreier Primaten aus der Curie der Stadt überlaſſen. Dagegen wird im Juſtinianiſchen Rechte nicht mehr zwiſchen außerordentlichen und ordentlichen Vermündern unterſchieden, ſondern beide von derſelben Behörde beſtellt [90]). Im teutſchen Rechte ſtand zunächſt die Bevormundung dem König als oberſten Vormund der Wittwen und Waiſen zu, und er mußte im Krönungseide dieſe Pflicht feierlich angeloben. Mit Auflöſung des teutſchen Reiches iſt dieß zwar weggefallen, aber die Vorſchrift der früheren Reichsgeſetze iſt geblieben, daß alle Reichſtände, namentlich alle Kurfürſten, Fürſten, Prälaten, Grafen, Herren von Adel und Communen in ihren Fürſtenthümern, Herrſchaften, Obrigkeiten und Gebieten dermaßen Vorſehung zu thun und zu ordnen haben, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit ein Vormund gegeben werde [91]). Heutzutage ſind die zur Bevormundung verpflichteten Territorialbehörden gewöhnlich die ordentlichen Ober- und Untergerichte, und nur bei Perſonen, welche einen befreiten Gerichtsſtand haben, treten beſondere Gerichte ein. Endlich können auch landſäſſige Städte, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit haben, durch ihre Niedergerichte die Bevormundung vornehmen laſſen. 4) Derjenige, welchem ein Curator beſtellt wird, muß dem Gerichtszwange der Obrigkeit, welche ihn bevormundet, unterworfen ſein, d. h. in deren Gerichtsbarkeit entweder civis ſein oder daſelbſt ſein bleibendes Domicil haben [92]). Von dieſer Regel erkennt indeß das römiſche Recht ſchon einige Ausnahmen an. Denn auf der einen Seite können die römiſchen Magiſtrate, wenn ſchon Rom für das gemeinſchaftliche Vaterland aller römiſchen Bürger gilt, nicht jedem ſich dort zufällig aufhaltenden, aber in Italien oder in den Provinzen anſäſſigen Pupillen einen Vormund beſtellen, ſondern nur dann, wenn dieſelben daſelbſt wirklich geboren oder wenigſtens domicilirt ſind [93]), und auf der anderen Seite hat Kaiſer Juſtinian dem Richter, bei welchem ein Prozeß anhängig iſt, das Recht ertheilt, dem Beklagten nöthigen Falls einen Curator ad litem zu beſtellen [94]). Das teutſche Recht hat das forum originis nie als competent anerkannt, und deßhalb bleibt für das heutige Recht in Betreff der Bevormundung nur das forum domicilii übrig [95]). 5) Die, welche vom

---

89) L. 7. §. 6. in fin. C. 5. 70.

90) L. 1. C. de tut. vel. cur. illustr. (5. 33.)

91) Reichspolizeiordnung von 1548 und 1577, Tit. 32, §. 1.

92) L. 1. §. 2. D. de tut. datis ab his. (26. 5.) L. 10. D. de tutelis. (26. 1.) L. 24. D. 26. 5. L. un. C. ubi petantur tut. (5. 32.)

93) Vat. fr. §. 232. L. 30. §. 1. D. de excus. (27. 1.) L. 1. §. 2. D. 26. 3.

94) L. 28. §. 1. C. de administr. tut. (5. 37.)

95) Vergl. Leyser, spec. ad Pand. 333. med. 6. Stryk, usus mod. Pand. 26. 5. §. 8. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 372.

Magiſtrat zu Vormündern beſtellt werden, müſſen dem Gerichtszwange deſſelben unterworfen ſein[96]). Daher kann der Magiſtrat weder den, welcher aus einer anderen Provinz iſt, noch ſich ſelbſt[97]) zum Vormund beſtellen. Auch kann kein römiſcher Magiſtrat weder ſeinen Collegen noch einen höheren Magiſtrat ohne deſſen Willen giltiger Weiſe zum Vormund beſtellen, da er über denſelben weder imperium noch iurisdictio hat[98]), wenn ſchon jeder Municipalmagiſtrat ſeinen Collegen[99]), oder die Curie in deſſen Abweſenheit ihren Magiſtrat[100]) oder einen Concurialen[101]) zum Vormund zu ernennen berechtigt iſt. Die Unterwerfung unter den Gerichtszwang des Magiſtrats, welcher den Vormund beſtellt, beurtheilt man nach der Thatſache, ob der letztere im Gerichtsſprengel des erſteren incola[102]) oder civis[103]) iſt. Fehlt es an tauglichen Subjecten in dem Gerichtsſprengel, ſo ſollen die Magiſtrate nach einem Reſcripte der Kaiſer Marcus und Verus ſich in den benachbarten Jurisdictionsſprengeln nach tüchtigen Perſonen umſehen und die Namen derſelben an die höhere Behörde einſenden, da ſie ihrer Incompetenz halber ſich ſelbſt der Dation enthalten müſſen[104]). Iſt dieß Erforderniß bei der Beſtellung des Vormundes vernachläſſigt worden, ſo tritt unausbleiblich Nullität des Decretes ein, und der beſtellte Vormund hat es nicht einmal nöthig ſich zu excuſiren[105]). 6) Die formelle Beſtellung des Curator durch Dation darf nicht an einem inneren Mangel leiden. Dazu gehört eine giltige Willensbeſtimmung des Magiſtrats, welcher ihn beſtellt. Iſt der Magiſtrat alſo bei der Beſtellung wahnſinnig oder in einem factiſchen Irrthum befangen, ſo iſt die Dation ungiltig[106]). Die äußere Form der Beſtellung iſt die Form des Decretes. Suspenſivbedingungen und Zeitbeſtimmungen können bei Strafe der Nullität nicht eingefügt werden, da die Beſtellung eines Vormundes ein actus legitimus iſt und Bedingungen und Zeitbeſtimmungen ausſchließt[107]). Gegenwart und Einwilligung des Curators und des Mündels[108]) iſt dabei eben ſo wenig nothwendig, als die Abfaſſung deſſelben zu einer beſtimmten Zeit[109]) oder an

---

96) L. 5. C. qui dare. (5. 34.)

97) L. 4. D. de officio praetorum. (1. 14.) L. 5. D. de officio praesidis. (1. 18.) L. 4. D. de tut. datis. (26. 5.)

98) L. 13. §. 4. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 14. D. de manumiss. (40. 1.) L. 3. §. 3 u. 4. D. de receptis. (4. 8.) L. 14. D. de iurisdict. (2. 1.)

99) L. 19. §. 1. D. 26. 5.

100) L. 3. D. qui petant. (26. 6.)

101) L. 19. pr. D. 26. 5.

102) L. 5. C. 5. 34.

103) L. 3. D. 26. 5. L. 5. C. 5. 34.

104) L. 24. D. 26. 5. L. 1. §. 10. D. de mag. conven. (27. 8.)

105) L. 13. §. 12. D. de excus. (27. 1.) L. 5. C. 5. 34.

106) L. 8. §. 1. D. 26. 8. L. 10. u. 26. D. ibid.

107) L. 6. §. 1. D. 26. 1. L. 77. D. de R. I. (50. 17.), ſagen dieß nur von der tutoris datio; allein der Gerichtsbrauch hat dieſe Beſtimmungen auch auf die Beſtellung von Curatoren übertragen.

108) L. 5. u. 6. D. 26. 5. L. 19. C. de administr. (5. 37.)

109) L. 8. §. 2. D. 26. 5. L. 1. §. 2. D. de feriis. (2. 12.)

einem beſtimmten Orte. Nur wenn der Vormund cum inquisitione beſtellt wird, iſt es unumgänglich nothwendig, daß das Decret pro tribunali abgefaßt ſei [110]). Die Beſtellung von mehreren Vormündern durch Ein Decret iſt ebenfalls zuläſſig [111]). Gewöhnlich wird mit der Abfaſſung des Decretes auch zugleich die Beeidigung der Vormünder und die Caution derſelben, wo ſie ihnen nicht ſpeciell erlaſſen wird, verbunden, auch erfolgt ſofort die Aufnahme des Inventars [112]), und über dieß Alles wird während des Actes ſelbſt ein Protokoll errichtet, welches in der Kunſtſprache gesta oder praesidialia acta heißt [113]). Der obrigkeitlichen Dation des Curator geht in der Regel die inquisitio vorher [114]), d. h. eine Unterſuchung der Obrigkeit, welche ihn beſtellt, ob die zu ernennende Perſon wohlhabend iſt, ein ehrbares Leben führt, ob ſie Kinder hat und ihren Eltern Liebe bezeugt, und überhaupt fähig iſt ein fremdes Vermögen zu verwalten [115]). Der Zweck dieſer Unterſuchung iſt der, die Tüchtigkeit des Vormundes zu erweiſen [116]), und wenn ſie zum Vortheil des vorgeſchlagenen Subjectes ausfällt, gilt es ſofort für tauglich zur Uebernahme und Verwaltung der Vormundſchaft. Die Unterſuchung wird durch ein Decret der Obrigkeit, welche ſie vorgenommen hat, beendigt und in demſelben die Verwaltungsfähigkeit des Vormundes ausdrücklich anerkannt [117]). Daß aber, wie Rudorff [118]) annimmt, dieſe Unterſuchung auch die Perſon des Mündels und das Vorhandenſein der gehörigen Bedingungen zur Beſtellung eines Vormundes betroffen habe, läßt ſich aus dem Zeugniſſe des Theophilus nicht erſehen, und wird auch durch Pandektenſtellen nicht erwieſen [119]). Wahrſcheinlich war das Recht, dieſe Inquiſition vorzunehmen, ein Vorrecht der magistratus populi Romani, da ein ſolches Decret pro tribunali abgefaßt werden mußte [120]), und unter den Magiſtraten, welche dazu befugt waren, nur die Conſuln, Prätoren, praefecti urbi und Statthalter der Provinzen genannt werden [121]), endlich auch die Verbindung der Confirmation mit der Inquiſition nicht undeutlich für dieſe Anſicht zu ſprechen ſcheint. Woher dieſe Inquiſition ſtammt, läßt ſich nicht mit Gewißheit ſagen. Die erſten Spuren derſelben finden ſich in der Verordnung des Kaiſers Claudius, durch welche die Conſuln angewieſen wurden, Pupillen extra ordinem nach vorgängiger Inquiſi-

---

110) L. 7. §. 1. D. de confirm. tut. (26. 3.)
111) L. 25. D. 26. 3.
112) L. 7. §. 5 u. 6. C. 5. 70. L. 24. C. de administratione. (5. 37.) Nov. 72. cap. ult.
113) L. 6. C. de petitione hered. (3. 31.) L. 28. §. 4. C. 5. 37.
114) L. 26. §. 5. D. 26. 5. L. 18. D. ibid. §. 3. J. 1. 25.
115) Theoph. I. 24. pr. ed. Reitz. tom. I. p. 182. L. 21. §. 5. D. 26. 5. L. 5. D. 26. 3.
116) Pr. J. de satisdat. tut. vel. cur. (1. 24.) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 6. §. 2. D. 26. 3.
117) L. 5. D. 26. 3.
118) A. a. O. Th. 1, S. 438.
119) L. 6. D. 27. 10. L. 26. D. 26. 3.
120) L. 7. §. 1. D. 26. 3.
121) Caii inst. I. §. 200, vergl. mit §. 3 u. 4. J. de Atil. tut. (1. 20.)

tion Tutoren zu beſtellen[122]), und erſt ſeit dieſer Zeit iſt die Inquiſition auch auf die Beſtellung von Curatoren übertragen und mit der Confirmation der unvollkommenen teſtamentariſchen Vormünder in Verbindung gebracht worden.

Die Beſtellung eines Curator durch das Decret des Magiſtrats geſchieht bei den Minderjährigen in der Regel nur mit ihrer Einwilligung, da dieſe Curation eine freiwillige iſt. Demnach muß ein ſolcher Vormund immer vom Magiſtrat erſt erbeten werden, ein Act, welchen man gewöhnlich mit den Ausdrücken poscere, petere, postulare curatorem bezeichnet. Dieſe Erbittung kann in der Regel nur vom Minderjährigen oder deſſen Bevollmächtigten[123]) ausgehen, da fremde Perſonen, welche kein mandatum praesumtum haben, wenn der Adultus am Orte iſt, ganz und gar nicht und, wenn er abweſend iſt, nur gegen die Beſtellung der cautio rem ratam dominum habiturum zugelaſſen werden[124]). Iſt der Minderjährige aber bereits als Pupill sui iuris geworden, ſo ſoll ſein Tutor ihn daran erinnern, daß er ſich einen Curator erbitte, und wenn der Mündel deſſen ungeachtet aus Leichtſinn oder anderen Gründen dieſer Adminiſtration kein Gehör gibt, ſo dauert zwar nicht die Tutel, wohl aber das Amt des Tutors, die Verwaltung des Vermögens und die Abſchließung der Geſchäfte von Seiten deſſelben ſo lange fort, bis dem Mündel Curatoren beſtellt ſind, und nur wenn der Minderjährige in ſeiner Weigerung beharrt, kann der Tutor ſubſidiariſch für ihn einen Curator erbitten, an welchen er dann Rechnung abzulegen und das Vermögen auszuhändigen hat[125]). Auch Andere, welche an der Beſtellung des Curators für den Minderjährigen ein beſonderes Intereſſe haben, können ihn zur Petition eines Curators ermahnen, und, wenn dieſe Ermahnung fruchtlos geblieben iſt, in deſſen Namen für ihn einen Curator von der Obrigkeit erbitten. Dieß tritt namentlich dann ein, wenn der Minderjährige, welcher keinen Curator hat, von Jemand verklagt wird[126]), da er nicht ohne Curator prozeſſiren kann[126a]), oder wenn der Schuldner eines Minderjährigen an dieſen Zahlung leiſten will, ſich aber nicht ſicher glaubt, weil der Minderjährige das Geld verſchleudern und ſich gegen die Zahlung reſtituiren laſſen könnte[127]). In anderen Curationen, wo der Pflegling ſelbſt nicht im Stande iſt[128]), ſich einen Vor-

122) Suet. Claud. 23., vgl. mit §. 3. J. 1. 20. u. Caius inst. I. §. 200.

123) L. 13. §. 2. D. 26. 5. L. 2. §. 4 u. 5. D. 26. 6. L. 36. §. 1. D. de excus. (27. 1.) L. 6. C. qui petant. (5. 31.) L. 2. §. 29. D. ad SC. Tertull. (38. 17.)

124) L. 43. §. 3. D. de procur. (3. 3.)

125) L. 33. §. 1. D. 26. 7. L. 2. C. de susp. (5. 43.) L. 7. C. 5. 31.

126) L. 1. C. 5. 31.

126a) L. 2. C. qui legitimam. (3. 6.) L. 11. C. qui dare. (5. 34.) L. 1. §. 3 u. 4. C. 26. 7.

127) L. 7. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.)

128) Dieß iſt der Fall bei der Curation über einen Ungeborenen (L. 2. §. 30. D. 38. 17.), über einen Pupillen und Wahnſinnigen (L. 2. §. 31. D. 38. 17. L. 28. §. 1 u. 2. C. 5. 37. L. 3. C. 5. 70.), über einen Verſchwender (L. 12. §. 2. D. 26. 6.).

mund zu erbitten, wird die Erbittung des Curator eine causa popularis und Jeder aus dem Volke iſt dann zur Petition berechtigt[129]). Unter den einzelnen zur Erbittung berechtigten Perſonen haben die Cognaten und Affinen vor den Fremden den Vorzug [130]), und erſt, wenn der Nähere zögert, kommt das Recht an den Entfernteren[131]). Nur bei Beſtellung eines Prozeßcurators für einen während des Prozeſſes wahnſinnig gewordenen Beklagten concurrirt der Kläger, wenn er will, mit den Cognaten und Affinen des Wahnſinnigen [132]), und bei der cura bonorum im Concurſe werden nach dem Pandektenrechte die Gläubiger als vorzugsweiſe zur Petition berechtigt genannt [133]). Es wird aber in den römiſchen Rechtsquellen auch eine Reihe von Perſonen aufgeſtellt, welche zur Erbittung eines Vormundes für den Mündel geradezu verpflichtet ſind. Dieß iſt der Fall bei der ſogenannten petitio necessaria. Dieß tritt nicht allein bei den Tutoren[134]) und, falls dieſe verſtorben ſind, bei deren Erben ein, ſondern auch bei den nächſten Cognaten des Mündels, von denen man annimmt, daß ſie inofficios handeln, wenn ſie ihm keinen Vormund erbitten. Zunächſt iſt nach einer Epiſtel des Septimius Severus an den Tutelarprätor Cuſpius Rufinus die Mutter verpflichtet, tüchtige Tutoren ihren Kindern zu erbitten, bei Verluſt des ganzen ihr zuſtehenden Inteſtaterbrechtes in deren Güter, und dieſe Strafe trifft ſie auch dann, wenn ſie, falls die erſten ordentlichen Vormünder excuſirt oder removirt ſind, nicht gleich andere in Vorſchlag bringt [135]). Durch die Interpretation der römiſchen Juriſten iſt dieſe Conſtitution, welche nur von filii und deren Pupillartutel ſpricht, auch auf die Enkel[136]) und auf die cura über Pupillen, Ungeborene, Wahnſinnige, Verſchwender und in feindlicher Gefangenſchaft befindliche Pupillen, nie aber auf die cura über Adulten bezogen worden[137]). Das Mittel, dieſe Strafe gegen die Mutter geltend zu machen, iſt eine Einrede, welche dem Beklagten geſtattet wird, falls ſie ihr Erbrecht mit der hereditatis petitio geltend macht[138]), und wenn dieſe Einrede liquid iſt, werden ihr die Klagen denegirt [139]). Die Strafen der Mutter wurden in einer Conſtitution von Valentinian, Valens und Gratian noch mit der Infamie vermehrt, ſo daß ſie weder über ihr Vermögen teſtiren, noch durch Schenkungen dar-

---

129) L. 3. C. 5. 70. Von der Tutel ſprechen L. 2. pr. D. 26. 6. L. 10. C. 5. 31. L. 28. §. 2. C. 5. 37.

130) L. 2. §. 24. D. ad SC. Tertull. (38. 10.)

131) L. 4. u. 10. C. 5. 31. L. 2. §. 3. D. 26. 6.

132) L. 28. §. 1. C. 5. 37.

133) L. 2. pr. D. de curat. bonis dando. (42. 7.)

134) L. 7. §. 13. D. 26. 7. Excuſirte Tutoren ſind nicht dazu verpflichtet L. 2. §. 6. D. 26. 6.

135) L. 2. §. 2. D. 26. 6. L. 2. §. 23. D. ad SC. Tertull. et Orfit. (38. 17.)

136) L. 2. §. 28. D. 38. 17.

137) L. 2. §. 29—31. D. 26. 6. L. 12. §. 2. D. 26. 5.

138) L. 3. C. ad SC. Tertullianum. (6. 56.)

139) L. 2. §. 47. D. 38. 17.

über disponiren konnte[140]). Doch haben die Kaiſer Theodoſius und Valentinian dieſe Verordnung aufgehoben, und allgemein verfügt, daß alle zur Succeſſion des Pupillen entweder ab intestato oder iure substitutionis berufene Perſonen, wenn ſie ihm keinen Tutor erbeten haben und er in der Unmündigkeit verſtirbt, ihre Erbanſprüche an deſſen Vermögen verlieren ſollen[141]), und Juſtinian wiederholt demgemäß in ſeinen Inſtitutionen die Beſtimmung, daß die Mutter, welche es verabſäumt hat, für ihre Kinder, Vormünder zu erbitten, von aller und jeder Succeſſion in das Vermögen des unmündig verſtorbenen Pupillen ausgeſchloſſen ſein ſolle[142]). Zur Ausübung dieſer Pflicht iſt der Mutter ein Jahr Zeit gegeben, nach deſſen Ablaufe die Strafe ſofort eintritt[143]). Nur in wenigen Fällen kommt die Strafe in Wegfall: a) wenn der Pupill gar kein Vermögen hat[144]); b) wenn die Mutter durch die Unterlaſſung der Petition dem Pupillen einen größeren Vortheil verſchafft, welcher die Nachtheile derſelben bei weitem überwiegt[145]); c) wenn der Vater die Erbittung verbietet, weil er will, daß die Mutter die Vormundſchaft ſelbſt verwalten ſoll, und ſie in geſetzlicher Form um dieſelbe beim Kaiſer anſucht und jene dann gehörig verwaltet[146]); d) wenn der Pupill nach erreichter Pubertät verſtorben iſt, ſo kann ihr die praescriptio non petiti tutoris nicht entgegengeſetzt werden[147]). Dieſe Milderung rührt aus einem Geſetze von Conſtantius her, worin ſie nur auf die Mutter, welche ihrem Sohne keinen Tutor erbeten hat[148]), bezogen wird, während man aus einer beiläufigen Aeußerung der Theodoſiſchen Novelle erſieht, daß ſie auf alle Cognaten bezogen worden iſt[149]). Der Grund dieſer Ausnahme iſt ſehr beſtritten. Einige von den neueren Rechtsgelehrten nehmen mit Donellus[150]) an, daß durch dieſe Unterlaſſung der Petition von Seiten der Mutter nur das unmündige, nicht das mündige Kind beleidigt worden ſei. Andere hingegen erblicken mit Vinnius[151]) den Grund dieſer Ausnahme in dem Umſtande, daß der Pupill nach erreichter Mündigkeit über ſein Vermögen nach Gefallen teſtiren, alſo es auch nach Gefallen der Mutter laſſen oder entziehen könne, und daß, wenn er nicht teſtirt, oder ſonſt die Mutter wegen unterlaſſener Petition nicht ausgeſchloſſen hat, angenommen werden müſſe, er habe dadurch ſich nicht veranlaßt gefunden, ſeiner Mutter die Erbſchaftsanſprüche zu entziehen. — Die Form der Po-

140) Interpret. ad Nov. Theod. II. de tutoribus. Vergl. Wenck, Codex Theod. p. 186.
141) Nov. Theod. II. lib. 1. tit. 11, im Juſtinianiſchen Codex als L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.)
142) §. 6. J. de SC. Tertull. (3. 3.)
143) L. 2. §. 43. D. 38. 17. §. 6. J. 3. 3.
144) L. 2. §. 26. D. 38. 17.
145) L. 2. §. 44. D. 38. 17.
146) L. 2. §. 25. D. 38. 17.
147) L. 3. C. 6. 56.
148) §. 6. J. 3. 3. ibique Theoph.
149) L. 10. C. 6. 56.
150) Comm. iur. civ. III. 8. §. 28.
151) Ad §. 6. J. de SC. Tertull.

ſtulation iſt nicht an beſtimmte Feierlichkeiten gebunden. Es kann daher jeder von den Berechtigten in Perſon und durch Boten und Stellvertreter die Poſtulation vornehmen[152]; nur muß bei den letzteren das Mandat gewiß ſein, ſonſt tritt die cautio de rato ein[153]. Auch kann das Geſuch ſowohl als Poſtulation einer beſtimmten Perſon, wie als Nomination, d. h. als Vorſchlag mehrerer Namen zur beliebigen Auswahl vorgetragen werden[154]. — Was den heutigen Gebrauch der Petition anbelangt, ſo iſt derſelbe jeglichen Falls nicht in Abrede zu ſtellen. Auch iſt die Zahl der Perſonen, welche zur Erbittung von Vormündern verpflichtet ſind, durch die teutſchen Landesgeſetze vermehrt worden, indem dieſe außer der Mutter, den Verwandten und Ehegatten auch noch den Richter des Ortes, die Prediger, Zunftälteſten, Handlungsgeſellſchafter und Nachbarn verpflichten, das vormundſchaftliche Gericht auf die Nothwendigkeit einer Vormundſchaftsbeſtellung aufmerkſam zu machen. Auch die Strafen, welche bei der verſäumten Erbittung eintreten, ſind durch den Einfluß der Doctrin nicht abgekommen, und nicht allein die ältere Praxis[155], ſondern auch teutſche Statutarrechte haben dieſelben ausdrücklich beſtätigt. Nur bei der Curation über Minderjährige iſt der alte Grundſatz weggefallen, daß ſie eine cura voluntaria ſei, und daß der Minderjährige ſich den Curator ſelbſt erbitten müſſe. Dieß geht theils aus der teutſchrechtlichen Anſicht hervor, daß die Pupillentutel und cura minorum nur Eine zuſammenhängende Vormundſchaft ſind, theils aus der neueren Doctrin[156] und Praxis[157], wornach der Minderjährige zwar einen Vormund in Vorſchlag bringen darf, aber ihm auch ohne ſein Anſuchen, ja ſogar wider ſeinen Willen, ein ſolcher bis zu ſeinen vogtbaren Jahren geſetzt wird.

In den Kaiſerzeiten kam neben den angeführten Entſtehungsgründen der Curation durch kaiſerliche Conſtitutionen[158] auch noch das Princip der Confirmationen auf. Man verſtand aber unter confirmatio im römiſchen Sinne die Aufrechthaltung einer ungiltigen, unförmlichen letztwilligen Bevormundung durch obrigkeitliche Dation des ernannten Vormundes, und bezog ſie nicht allein auf Curatoren, ſondern auch auf Tutoren. In Bezug auf die Curation ſind nach dem Zeugniſſe der römiſchen Rechtsquellen folgende Fälle zur Confirmation geeignet: wenn der Vater im Teſtamente ſeinem unmündigen Hauskinde einen Curator[159],

---

152) L. 2. §. 4 u. 5. D. 26. 6. L. 2. §. 43. D. 38. 17. L. 8. C. 5. 31.

153) L. 43. §. 3. D. 3. 3.

154) L. 2. §. 23. D. 38. 17.

155) Carpzov, iurispr. for. P. II. const. XI. def. 15, decis. P. III. decis. 286. n. 9. 10. Boehmer, consult. et decis. tom. II. p. II. resp. 860. qu. III. n. 14 u. 15.

156) v. Lynker, von der Vormundſchaftsbeſtellung, Th. 1, §. 9, S. 23.

157) Carpzov, resp. iur. lib. V. resp. 86. Leyser, med. ad Pand. Vol. V. spec. CCCXLVI.

158) L. 1. §. 1. D. 26. 3.

159) L. 40. D. de adm. (26. 7.) L. 6. D. de confirm. tut. (26. 3.)

oder ſeinen mündigen Kindern einen Tutor oder einen Curator[160]) oder für ſeinen wahnſinnigen oder verſchwenderiſchen Sohn einen Curator[161]) ernannt hat, oder wenn die Mutter oder Großmutter in ihrem Teſtamente ihren Kindern oder Enkeln einen Curator zugeordnet hat[162]), vorausgeſetzt indeß, daß die Tüchtigkeit des ernannten Vormundes durch obrigkeitliche Unterſuchung conſtatirt werde[163]), und daß ſie zugleich in ihrem Teſtamente das Kind zum Erben einſetze[164]). Daß aber dieſe in den Quellen angeführten Beiſpiele nicht die einzigen Fälle ſind, in welchen die im Teſtamente beſtellten Curatoren beſtätigt wurden, ergibt ſich ſchon aus den beigebrachten Zeugniſſen und aus dem Zuſammenhange der Lehre mit der Tutel. Jedenfalls läßt die Analogie derſelben auch dann eine Confirmation des Curators zu, wenn dieſer einem Minderjährigen oder Verſchwender von einer Perſon, welche den Mündel zum Erben einſetzt, im Teſtament ertheilt wird, und der Mündel kein weiteres Vermögen hat[165])), oder wenn zu dem Mangel des Beſtellungsrechtes auch noch ein formeller Mangel des Teſtamentes hinzutritt, z. B. wenn das Teſtament ein iniustum oder imperfectum iſt[166]), oder wenn der Vormund ſeine Ernennung zum Vormunde im Teſtamente zwar nicht gegen des Vaters Willen, wohl aber gegen das SC. Libonianum ſelbſt geſchrieben hat, und es ſich aus der Inquiſition herausſtellt, daß gegen ſeine Perſon ſonſt nichts einzuwenden iſt[167]). — Die Beſtätigung des einmal ernannten Vormundes bedarf folgender Erforderniſſe: 1) ſie muß von der competenten Behörde ausgehen[168]). Nach Modeſtin's Bericht waren in Rom urſprünglich die Conſuln zur Confirmation befugt[169]), und neben dieſen werden auch die Prätoren[170]) genannt, und in Conſtantinopel gehörte die Confirmation wenigſtens in Einem Falle vor den Stadtpräfect[171]); im übrigen Italien konnten die Municipalmagiſtrate ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten nur im Auftrag der Oberbehörde confirmiren[172]). In

---

160) L. 6. D. 26. 3. L. 16. pr. D. 27. 10. Iſt er als Tutor für den Mündigen beſtellt worden, ſo kann er natürlich nur als Curator confirmirt werden.

161) L. 16. §. 1. D. 27. 10. L. 7. §. 5. C. 5. 70.

162) L. 2. §. 1. D. 26. 3. L. 69. §. 2. D. de leg. II. (31.)

163) L. 2. §. 1. D. 26. 3. L. 1. C. de conf. tut. (5. 29.) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 4. D. 26. 2.

164) L. 4. D. 26. 2. L. 4. C. de testam. tutela. (5. 28.)

165) L. 4. u. 5. D. 26. 3. L. 1. C. 5. 28. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 319.

166) L. 1. §. 1. u. 3. D. 26. 3. L. 2. C. 5. 29.

167) L. 29. D. 26. 2. L. 18. §. 1. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.) Sind außer ihm noch andere teſtamentariſche Vormünder vorhanden, ſo wird er nur als Curator beſtätigt. L. 29. D. 26. 2.

168) L. 2—4. C. de confirmando tut. (5. 29.)

169) L. 1. §. 1. D. 26. 3.

170) L. 2. 6. 8. 10. D. 26. 3. L. 16. D. 27. 1. L. 32. D. ibid. Fr. Vat. §. 159. 246.

171) L. 7. §. 5. C. 5. 70. L. 27. C. 1. 3.

172) L. 5. D. 26. 3. L. 46. §. 6. D. 26. 7. L. 1. §. 6. D. de mag. conv. (27. 8.)

den Senatsprovinzen ſtand die Confirmation dem Proconſul[173]), in den kaiſerlichen dem Statthalter zu[174]). Nach dem Verſchwinden des Unterſchiedes zwiſchen kaiſerlichen und Senatsprovinzen iſt für jede Provinz ihr Statthalter die allgemeine Confirmationsbehörde geworden, und bei der Bevormundung eines Wahnſinnigen bedarf es zu dieſem Zwecke noch der Zuziehung des Biſchofs und der Primaten[175]). 2) Sie wird nach vorhergehender Inquiſition angeordnet, welche die Tüchtigkeit des ernannten Curator zum Gegenſtande hat[176]). Nur wenn der Curator vom rechtmäßigen Vater oder väterlichen Adſcendenten beſtellt worden, erfolgt die Beſtätigung ohne Weiteres (simpliciter)[177]). Als Grund, warum man dieſe Ausnahme bei den von der Mutter oder Großmutter ernannten Vormündern nicht eintreten ließ, wird von den Pandektenjuriſten die größere Verſtandeskraft des männlichen Geiſtes bezeichnet, welcher eher im Stande ſei, über die Tüchtigkeit des Vormundes ein richtiges Urtheil zu fällen[178]). Der Gegenſtand der Inquiſition iſt die Tüchtigkeit des Vormundes in Hinſicht ſeines Vermögens, ſeines Standes, ſeiner perſönlichen Lage und namentlich ſeines Charakters[179]), und wenn dieſe Unterſuchung zu Gunſten deſſelben ausfällt, ſo gilt er für tüchtig zur Uebernahme der Vormundſchaft. — Die Beſtätigung ſelbſt geſchieht durch ein Decret des Magiſtrats, gleichviel ob eine Inquiſition vorhergeht oder nicht[180]). Im Fall der Inquiſition geht der Confirmation indeß ein Vorbeſcheid über die Tauglichkeit des Vormundes voraus[181]). Was das Verhältniß des confirmirten Curators zu den übrigen Entſtehungsgründen der Curation anbetrifft, ſo halten ihn Einige für einen teſtamentariſchen Vormund[182]), Andere hingegen für einen obrigkeitlichen[183]), und noch Andere ſtimmen der erſteren Anſicht im Fall der einfachen Confirmation bei, und der letzteren, wenn die Confirmation ex inquisitione erfolgt[184]). Aus den Zeugniſſen der römiſchen Rechtsquellen iſt freilich nur ſo viel zu erſehen, daß confirmirte Tutoren die geſetzlichen Tutoren ausſchließen[185]), und inſofern erſcheint die confirmirte Tutel nur als eine Erweiterung des älteren Syſtems von den letzten Willen. Ein Gleiches auch von der

173) L. 2. pr. D. 26. 3.

174) L. 4. C. 5. 29. L. 16. D. 27. 1. §. 5. J. de tutelis. (1. 13.)

175) L. 7. §. 5. C. 5. 70.

176) L. 4. §. 4. D. 26. 6. L. 1. §. 2. D. 26. 3. L. 28. §. 2. D. 26. 2. L. 30. §. 3. D. 27. 1. L. 1. u. 4. C. 5. 29.

177) L. 6. D. 26. 3. L. 1. §. 2. D. 27. 1. L. 16. D. 27. 10. §. 5. J. de tutelis. (1. 13.) L. 2. C. 5. 29.

178) L. 4. §. 4. D. 26. 6.

179) L. 5. D. 26. 3. L. 21. §. 5. D. 26. 5. Theoph. paraphr. inst. I. 24. pr. ed. Reitz. tom. I. p. 182.

180) L. 5. u. 7. §. 2. D. 26. 3., vergl. mit Fr. Vat. §. 159 u. 246.

181) L. 5. D. 26. 3.

182) So Donellus, comm. de iure civili III. 5. §. 17 sq.

183) So Cuiacius obs. VII. 7.

184) So Finestres ad Hermogeniani epitom. p. 540.

185) L. 27. pr. D. 26. 2. L. 3. C. quando mulier. (5. 35.) Nov. 89. c. 14. Nov. 118. c. 5. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 330 — 333.

Curation anzunehmen, kann in der That keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Auf der anderen Seite iſt freilich der Magiſtrat nicht geradezu von Amtswegen verpflichtet, die durch das Teſtament beſtellten Curatoren zu beſtätigen, und wenn er daher neben dem unbeſtätigten teſtamentariſchen einen Dativvormund ernennt, ſo iſt dieſe Ernennung völlig gültig [186]); auch kann der confirmirte Curator vor der Confirmation jedenfalls nicht als Curator gelten, da ihm die zur Anbringung der Entſchuldigungsgründe beſtimmte Zeitfriſt erſt vom Augenblicke der Confirmation an läuft [187]), ihn auch kein Vorwurf trifft, wenn er ſich in die Adminiſtration der Vormundſchaft vor ſeiner Beſtätigung nicht einmiſcht [188]), und er auch ſonſt nicht mit den gewöhnlichen Vormundſchaftsklagen belangt werden kann [189]). — Von den hier erörterten Grundſätzen des römiſchen Rechtes weicht das teutſche Recht inſofern ab, als es die Regel aufſtellt, daß alle Vormünder, ohne Ausnahme, der obrigkeitlichen Beſtätigung bedürfen [190]). Man nennt dieß die Vormundſchaftsbeſtätigung nach teutſchem Rechte (confirmatio germanica oder ex iure germanico) und verſteht darunter die Verfügung der competenten Obrigkeit, wodurch ein Vormund zur Führung der Vormundſchaft nach vorhergehender Unterſuchung mittelſt eines Decretes autoriſirt wird. Dieſe Confirmation gründet ſich auf das dem Staate nach teutſchem Rechte zuſtehende Recht der Obervormundſchaft, und kann nicht ſo verſtanden werden, als ſei durch ſie die römiſch-rechtliche Confirmation aufgehoben worden, da dieſe nur die Delation der Vormundſchaft, jene hingegen die Verwaltung derſelben betrifft. Der unbeſtätigte Vormund iſt nach teutſchem Rechte in Rückſicht ſeiner Amtsrechte wie ein falsus tutor zu behandeln, in Betreff ſeiner Pflichten iſt er aber nicht blos als protutor anzuſehen, ſondern er trägt vielmehr ſchon vom Anfall der Vormundſchaft an das periculum cessationis, während der unvollkommene teſtamentariſche Vormund, welcher nach römiſchem Rechte der Beſtätigung bedarf, für dieſe Gefahr keineswegs einzuſtehen hat.

Was das Verhältniß des Curator zur Vermögensverwaltung anbelangt, welche den hauptſächlichſten Gegenſtand der Curation ausmacht [191]), ſo erſcheint derſelbe, wie der Tutor, welcher die Geſchäfte ſeines Pupillen gerirt, nur als Verwalter eines fremden Vermögens. Daher iſt er zwar zur Vornahme ſolcher Handlungen befugt, welche mit der Adminiſtration in Verbindung ſtehen, nicht aber zur Verſchenkung oder Verſchleuderung von Sachen, welche ſeinem Mündel angehören [192]). Manche neueren

186) L. 3. C. 5. 29. L. 58. §. 2. D. 26. 7.
187) L. 1. u. 2. C. 5. 29. L. 13. §. 12. D. 27. 1.
188) L. 40. u. 58. §. 2. D. 26. 7.
189) L. 1. C. 5. 28.
190) Reichspolizeiordnung von 1548, Tit. 31, §. 2, und von 1577, Tit. 32, §. 2.
191) L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) Vergl. v. Löhr a. a. O. Th. III, S. 41 flg.
192) L. 28. §. 1. D. de pactis. (2. 14.) L. 11. u. 17. D. 27. 10., vergl. mit L. 16. C. de adm. (5. 37.) L. 7. §. 3. D. pro emtore. (41. 4.) L. 46. §. 7. D. 26. 7. L. 22. D. ibid.

Rechtsgelehrten drücken dieſe Befugniß der Vormünder in Betreff der Adminiſtration durch den Satz aus, daß Tutoren und Curatoren in dieſer Beziehung als Stellvertreter der Eigenthümer zu betrachten ſind[193]). Eine Regel, die man indeſſen nicht ſo verſtehen darf, als ſeien ſie berechtigt, alle Handlungen vorzunehmen, welche vom Eigenthümer ſelbſt hätten vorgenommen werden können. Daraus geht zugleich ſo viel als gewiß hervor, daß der Curator in Betreff ſeines Mündels als eine andere, demſelben zugeordnete Perſon erſcheint, welche ihn in beſtimmten Fällen zu vertreten hat, aber nicht mit ihm in der Perſoneneinheit ſteht. Am deutlichſten ergibt ſich die Wahrheit dieſer Anſicht aus der Zuſammenſtellung der Tutoren, Curatoren, Syndiken einer Univerſitas und ſolchen Procuratoren, welchen die Verwaltung eines ganzen Vermögens anvertraut iſt, in dem claſſiſchen Pandektenrechte. So kann die manumissio per vindictam weder durch Tutoren, Curatoren und Procuratoren vorgenommen werden[194]); Beſitz und Eigenthum kann durch dieſelben ſogar gegen unſeren Willen uns erworben werden[195]); ein Pfandrecht konnte nach älterem Rechte durch keinen dieſer Stellvertreter erworben werden[196]), was freilich durch Juſtinian abgeändert worden iſt[197]); Obligationen können weder activ noch paſſiv durch die genannten Perſonen erworben werden, doch half man auch hier mit utiles actiones in der Kaiſerzeit nach[198]); auch können dieſelben als ſolche keinen Anderen zur Führung des Prozeſſes bevollmächtigen oder ihm einen Theil der Geſchäftsführung übertragen, und erſt durch die Litisconteſtation werden ſie fähig, andere Bevollmächtigte zu ſubſtituiren[199]); endlich können ſie gleichmäßig durch Novation Obligationen derer, welche ſie vertreten, aufheben[200]), allein es iſt ihnen insgeſammt, nicht geſtattet, ſolche Obligationen durch Acceptilation zu quittiren, und ſie müſſen daher, wenn dieſe nothwendig iſt, vorerſt durch Novation die Obligation auf ſich ſelbſt übertragen, und dann können ſie zweifelsohne, wie jeder Andere, die Acceptilation in ihrer Perſon vornehmen[201]). Aus dieſer Zuſammenſtellung der Vormünder mit den Procuratoren ergibt ſich zugleich auch ſo viel als gewiß, daß die Tutoren und Curatoren

---

193) L. 157. pr. D. de R. I. (50. 17.), vergl. mit L. 27. D. 26. 7.

194) L. 13. D. de manumiss. (40. 1.) L. 17. D. 27. 10. L. 22. D. qui et a quibus (40. 9.) (Curatoren eines Wahnſinnigen), vergl. mit L. 6. C. 7. 11. (Tutoren) und L. 3. C. de vindicta libertate (7. 1.) (Procuratoren).

195) L. 1. §. 20. D. de acqu. vel amittenda possess. (41. 2.) L. 13. §. 1. D. de acqu. rer. dom. (41. 1.), vergl. mit L. 20. §. 2. D. 41. 1. Siehe v. Löhr a. a. O. Th. III, S. 45—49.

196) L. 11. §. 6. D. de pignoraticia actione. (13. 7.)

197) L. 2. C. per quas personas. (4. 27.)

198) L. 9. pr. D. 26. 7. Dig. 26. 9. Cod. 5. 39.

199) L. 24. pr. D. 26. 7. L. 11. C. de procuratoribus (2. 13.), vergl. mit L. un. C. de actore a tutore — const. (5. 61.) L. 74. D. de procurat. (3. 3.) L. 8. 22. u. 23. C. 2. 13.

200) L. 22. D. 26. 7. L. 20. §. 1. D. de novat. (46. 2.) L. 34. §. 1. D. ibid.

201) L. 13. §. 10. D. de acceptilatione. (46. 4.) Daraus iſt L. 3. D. ibid. zu erklären.

in der Regel das Recht haben, zum Zwecke der Adminiſtration alle die Handlungen vorzunehmen, welche durch Bevollmächtigte vorgenommen werden können, und daß ſie ſich von dieſer Gattung von Stellvertretern nur dadurch unterſcheiden, daß ſie nicht durch den Auftrag des Principals, ſondern durch den Willen des Geſetzes als Stellvertreter für dieſen beſtellt werden. Endlich erhellt aus dem Geſagten auch noch, daß Tutoren und Curatoren bei der Adminiſtration des Vermögens im Ganzen gleiche Befugniſſe haben. Die wenigen Verſchiedenheiten, welche ſich dennoch im römiſchen Rechte vorfinden, liegen nicht im Begriffe ihres Amtes, und wurden erſt von ſpäteren Geſetzgebern, allein mit Rückſicht auf den Vortheil des Pflegebefohlenen und nur in Beziehung auf den Tutor eines Kindes und den Curator eines Wahnſinnigen, hinzugefügt; ſie beruhen alſo auf Beſtimmungen, welche ohne Rückſicht auf den Geiſt der Inſtitute aufgeſtellt worden ſind, und bei deren Abfaſſung immer nur ein einzelner Fall ins Auge gefaßt iſt. Zur Beſtärkung dieſer Anſicht kann man auch noch eine Reihe von Fällen benutzen, in welchen das claſſiſche Pandektenrecht die Handlungsbefugniß der Tutoren und Curatoren in Bezug auf ganz ſpecielle Facten auf gleiche Linie ſtellt. Beide haben nämlich nach dem Pandektenrechte die Befugniß ein opus novum zu nunciiren [202]), durch ihren Vertrag dem Pupillen und Curanden Exceptionen zu erwerben [203]), in ihrem Namen zu tranſigiren [204]), Eide zuzuſchieben [205]), Prozeſſe anzufangen, ohne zur Cautionsleiſtung verbunden zu ſein [206]), ein iuramentum in litem auszuſchwören und andere dergleichen Fälle mehr.

Die allgemeinen Verpflichtungen der Curatoren bei der Verwaltung der Curation laſſen ſich auf folgende Punkte zurückführen: 1) auf die Verpflichtung zur Cautionsleiſtung. Dieſe Caution wird der Verwaltung halber geleiſtet und ihrem Inhalte nach in der Kunſtſprache der römiſchen Juriſten mit den Worten bezeichnet: rem pupilli salvam fore. Sie beruht auf einem Edicte des Prätors [207]), welches jünger iſt als die lex Atilia und Iulia et Titia [208]), aber jedenfalls älter als Trajan, iſt eine prätoriſche Stipulation und zwar eine cautionalis, d. h. eine ſolche, die gegeben wird, um eine neue Klage (nämlich die actio ex stipulatu) zu begründen; doch wird ſie in manchen Stellen [209]) als stipulatio com-

202) L. 7. §. 1. D. de operis novi nuntiatione. (39. 1.)
203) L. 12. 15. u. 28. §. 1. D. de pactis. (2. 14.)
204) L. 54. §. 5. D. de furtis. (47. 2.) L. 46. §. 7. D. 26. 7. L. 96. §. 1. D. de solut. (46. 3.)
205) L. 17. §. 2 u. 3. D. de iureiurando. (12. 2.)
206) L. 22. u. 23. D. 26. 7. L. 46. §. 7. D. ibid. L. 11. §. 7. D. de exceptione rei iud. (44. 2.) L. 1. 11. 13. 28. C. de administr. tut. (5. 37.)
207) Caius inst. I. §. 199. L. 4. C. de tut. vel. cur. qui satis non dedit. (5. 42.)
208) §. 3. J. 1. 20.
209) L. 5. pr. D. 45. 1. §. 4. J. de divisione stipulationum (3. 18.) ibique Theoph. ed. Reitz. tom. II. p. 641.

munis betrachtet, da ſie auch vom Richter im Nothfalle nachgefordert werden kann. Anſpruch auf dieſe Caution haben alle unter der Vormundſchaft befindlichen Perſonen, wenn dieſe mit Verwaltung des Vermögens verbunden iſt[210]. Anbefohlen wird dieſelbe nach den Zeugniſſen der claſſiſchen Juriſten allen Tutoren und Curatoren, ohne Unterſchied, ob ſie generelle oder ſpecielle Vormünder ſind, wenn ſie nur überhaupt ein Verwaltungsrecht haben, alſo Curatoren für Ungeborene, Pupillen, Minderjährige, Wahnſinnige, Verſchwender, für ſolche, welche körperlicher Gebrechen halber ihre Geſchäfte nicht gehörig verwalten können, für Abweſende, und denen, welche zur Verwaltung einer Erbſchaft oder zum Verkauf der Concursgütermaſſe beſtellt werden[211]. Ausgenommen ſind alle unvollkommnen teſtamentariſchen Vormünder, welche vom Vater des Mündels beſtellt worden ſind[212]; die von der Mutter oder Großmutter im Teſtamente beſtellten, wenn ſie von einem magistratus populi Romani nach vorgängiger Unterſuchung ihrer Tüchtigkeit confirmirt worden ſind[213]; auch alle von den höheren Magiſtraten vermöge ihrer Amtsgewalt ex inquisitione beſtellten Curatoren[214], und dieſe zwar deßhalb, weil das vom Magiſtrat über ihre Tüchtigkeit gefällte Urtheil die Satisdation überflüſſig macht. Nur wenn unter mehreren einer allein die Adminiſtration haben will, muß dieſer die Stipulation leiſten[215]. In der Curation für einen Wahnſinnigen iſt der Vormund, wenn er vermögend iſt, ſtets von der Satisdation frei[216]. Hiernach ſind es namentlich die von den Municipalmagiſtraten gegebenen oder confirmirten, oder von höheren Magiſtraten ohne Inquiſition beſtellten, oder endlich die geſetzlichen Curatoren, welchen die Verpflichtung zunächſt obliegt, die Caution zu leiſten. Die Form, in welcher dieſe Caution geleiſtet wird, iſt die einer Stipulation zwiſchen dem Vormund und ſeinem Pflegling[217], und es müſſen zur größeren Sicherheit des letzteren jedenfalls Bürgen, deren Tüchtigkeit der Magiſtrat zu unterſuchen hat, geſtellt werden[218]. Iſt der Mündel abweſend oder noch nicht aus dem Kindesalter heraus, ſo wird die Stipulation an einen Sclaven oder Hausſohn des Mündels abgegeben[219]. Iſt auch dieß nicht thunlich, ſo wird die Stipulation von einem öffentlichen

---

210) L. 4. §. 8. D. rem pupilli vel adolescentis salvam fore. (45. 6.) L. 8. D. 27. 10. L. 3. C. de postliminio. (8. 51.)

211) L. 8. D. 46. 6., vergl. mit L. 4. §. 8. D. ibid. L. 8. D. 27. 10. L. 3. C. 8. 51.

212) L. 3. D. 26. 3. L. 27. C. de episc. aud. (1. 4.) L. 7. §. 5. C. 5. 70.

213) L. 2. pr. u. §. 1. D. 26. 3. L. 11. §. 1. D. ibid.

214) Caius inst. I. §. 200. L. 4. C. 5. 42. Pr. J. 1. 24. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 182. L. 5. D. 26. 3., vergl. mit L. 7. §. 6. C. 5. 70. L. 27. C. 1. 4. L. 8. D. 27. 10.

215) L. 4. C. 5. 42.

216) L. 27. C. 1. 4. L. 7. §. 6. C. 5. 70.

217) L. 6. D. 46. 6. L. 1. §. 15. D. de mag. conveniendis. (27. 8.)

218) Theoph. I. 24. pr. u. §. 2. tom. I. p. 182 u. 186.

219) L. 1. §. 15. D. 27. 8. L. 2. 5. 6. D. 46. 6. L. 7. §. 4. C. 5. 70.

Sclaven, gewöhnlich einem tabularius, vorgenommen [220]), oder von einem vom Prätor zu dieſem Zwecke beſtellten freien Menſchen oder vom Ordo oder vom Duumvir ſelbſt [221]). Falls mehrere Vormünder vorhanden ſind, kann der eine dem anderen die Adminiſtration cediren und dann ſich im Namen des Mündels die Caution von ſeinem Collegen beſtellen laſſen [222]). In den zuerſt genannten Fällen erwirbt der Mündel ſtets die aus der Caution entſtehende actio ex stipulatu bald als directa, bald als utilis, wie er ſie nur nach den allgemeinen Grundſätzen von der Erwerbung der Rechte durch Andere erwerben kann [223]); im zuletzt genannten Falle ſteht hingegen die Klage nur dem Vormunde zu, welcher die Caution angenommen, weil er ein hinreichendes juriſtiſches Intereſſe hat, da er dem Mündel obligirt iſt, ſobald dieſem ein Nachtheil erwächſt. Außer dieſer actio ex stipulatu, welche der Mündel aus der ihm geleiſteten Caution gegen den Vormund und deſſen Bürgen erwirbt, hat derſelbe, falls er von jenen keinen Schadenerſatz erlangen kann, auch eine in factum actio subsidiaria gegen die Municipalmagiſtrate, welche entweder gar keine, oder ſolche Bürgen, welche zur Bürgſchaft untüchtig waren [224]), gegen ihre Amtspflichten angenommen haben, oder unter gleichen Vorausſetzungen auch gegen diejenigen, welche zur Prüfung der Tüchtigkeit der angenommenen Bürgen erwählt worden waren [225]). Dieſe Klage ſtammt aus einem unter Trajan abgefaßten SC. [226]), und iſt ihrer Natur nach eine der tutelae actio nachgebildete utilis actio [227]), welche auch gegen die Erben [228]) und Collegen des Magiſtrates [229]), welcher den Vormund beſtellt hat, angeſtellt werden kann. — Weigert ſich der beſtellte Curator Caution zu leiſten, ſo hat er die Gefahr bei der Verwaltung der Vormundſchaft zu tragen, aber Adminiſtrationsrechte werden ihm nicht zugeſtanden [230]). Außerdem kann der Prätor gegen denſelben extra ordinem, d. h. mit der pignoris capio verfahren, um ihn zur Erfüllung dieſer Verbindlichkeit zu zwingen [231]). 2) Auf die Verpflichtung, eidlich zu verſprechen das Vermögen gehörig zu adminiſtriren, des Pflegebefohlenen Beſtes wahrzunehmen und allen Schaden zu verhüten. Zunächſt iſt die Ableiſtung eines ſolchen Eides nur dem Curator eines Wahn-

---

220) Theoph. l. c. tom. I. p. 187. L. 2. D. 46. 6.

221) L. 3. D. 46. 6. L. 1. pr. u. §. 15. D. 27. 8., vergl. mit Theoph. I. 24. §. 3. ed. Reitz. tom. I. p. 186.

222) L. 38. §. 20. D. 45. 1. L. 55. §. 2. D. 26. 7.

223) L. 4. pr. D. 46. 6.

224) Theoph. I. 24. §. 2. tom. I. p. 185. L. 6. D. 27. 8.

225) L. 1. §. 8. D. 27. 8. L. 6. C. 5. 75.

226) L. 5. C. de magistrat. conveniendis. (5. 75.)

227) L. 1. u. 5. C. 5. 75., vergl. mit L. 9. D. 27. 8.

228) L. 4. D. 27. 8. L. 6. D. ibid. L. 2. C. 5. 75. Theoph. l. c. I. 24. §. 2. tom. I. p. 186.

229) L. 1. §. 9. D. 27. 8. L. 7. D. ibid. L. 3. C. 5. 75.

230) L. 5. C. 5. 42. L. 3. C. ibid. L. 13. §. 1. D. 26. 5. L. 6. §. 1. D. 26. 1. L. 4. C. in quibus causis in integrum rest. (2. 41.) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 222—226.

231) §. 3. J. 1. 24. ibique Theoph. tom. I. p. 186.

ſinnigen zur Pflicht gemacht worden [232]). Er wird körperlich und zwar auf die Evangelien geleiſtet und über die ganze Verhandlung ein Protokoll aufgenommen. In einem ſpäteren Geſetze Juſtinian's kommt dieſer Eid aber auch bei den Vormündern unmündiger und minderjähriger Perſonen vor [233]). 3) Auf die Verpflichtung zur Anfertigung einer genauen förmlichen Deſignation ſämmtlicher, beim Antritt der Vormundſchaft vorhandenen Vermögensſtücke [234]). Der Name, mit welchem die Deſignation in den römiſchen Rechtsquellen bezeichnet wird, iſt bald inventarium, bald repertorium. Für die Anfertigung eines ſolchen Verzeichniſſes iſt zuerſt durch eine Conſtitution von Arcadius und Honorius eine beſtimmte Form feſtgeſetzt worden [235]), welche indeß Kaiſer Juſtinian nicht anerkannt hat, da gerade die betreffenden Stücke der früheren Conſtitution im Juſtinianiſchen Codex weggelaſſen worden ſind [236]), und nur die Zuziehung der publicae personae bei der Anfertigung des Inventars daſelbſt geboten worden iſt. Vor Errichtung des Inventars bekommt der Vormund die Verwaltung gar nicht in die Hände [237]), und in der künftigen Klage gegen den Vormund, welcher kein Inventar errichtet, wird der Mündel zum Schätzungseide zugelaſſen. Auch trifft den ſäumigen Vormund noch die Strafe der Infamie [238]). Ausnahmsweiſe wird dem Vormund das förmliche Inventar erlaſſen, wenn der, von welchem das Vermögen des Mündels herrührt, die Anfertigung deſſelben ausdrücklich verboten hat [239]); wohl aber ſchließt ein derartiges Verbot nicht die Anfertigung eines Privatverzeichniſſes von Seiten des Vormundes aus. 4) Auf die Verpflichtung, für die Perſon ſeines Mündels Sorge zu tragen. Zunächſt gehört hierher die Verabreichung von Alimenten an denſelben, deren Größe die Obrigkeit auf vorhergehenden Antrag des Vormundes durch Decret feſtzuſtellen hat [240]). Bei Feſtſtellung derſelben iſt zunächſt auf das Vermögen des Pupillen zu ſehen, deſſen Beſtand daher der Vormund bei Strafe der höchſten Zinszahlung vom Mehrbetrage zu Protokoll zu geben aufgefordert

---

232) L. 7. §. 4—7. C. 5. 70.

233) Nov. 72. pr. u. c. 8.

234) L. 24. C. de administr. (5. 37.) L. 13. §. 1. C. de in litem iureiur. (5. 53.) L. 1. §. 26. D. de ventre (37. 9.), vergl. mit L. 7. pr. D. 26. 7. L. 57. pr. D. ibid. L. 4. u. 5. C. de in litem iureiurando. (5. 53.) Dieß beſtätigt auch die Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. XXXII, §. 3.

235) L. 6. pr. Theod. C. de administr. et periculo tut.

236) L. 24. C. 5. 37.

237) L. 7. pr. D. 26. 7. L. 13. §. 1. C. 5. 51.

238) L. 13. §. 1. C. 5. 51. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 247.

239) L. 13. §. 1. C. 5. 51. Vgl. Marezoll, Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen in v. Löhr's Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung, Bd. 4, S. 393—398.

240) L. 3. pr. u. §. 4. D. ubi pupillus educari. (27. 2.) L. 1. u. 2. C. de alimentis pupillo. (5. 50.) L. 38. D. familiae herciscundae. (10. 2.) Dieß gilt auch bei der cura ventris (L. 1. §. 19 u. 20. D. de ventre in poss. [37. 9.], L. 5. pr. D. ibid., L. 1. §. 4. D. de mun. et honor. [50. 4.]), bei der cura ex edicto Carboniano (L. 5. §. 3. D. de Carboniano edicto [37. 10.], L. 6. §. 4 u. 5. D. ibid.), bei der cura furiosi (L. 7. pr. D. 27. 10.)

wird [241]), doch tritt noch die Rückſicht auf die perſönlichen Verhältniſſe und Bedürfniſſe des Pupillen, z. B. auf deſſen Alter, Geſchlecht, Stand und Beſtimmung hinzu [242]), ſo daß, wenn in einem dieſer Geſichtspunkte Aenderungen eintreten, auf eine Vermehrung oder Verminderung des Koſtenanſatzes angetragen werden muß [243]). Ueberhaupt iſt es dem Richter zur Pflicht gemacht, bei der Beſtimmung der Größe der Alimente auf der einen Seite allen Luxus zu vermeiden [244]), und auf der anderen die höchſtmöglichſte Sparſamkeit nicht allein im Auge zu haben [245]). Verweigert der Vormund die Alimentation unter dem Vorwande mangelnder Geldmittel oder anderer nichtigen Thatſachen, ſo muß er von den Mündelgeldern, welche er in den Händen hat, die höchſtmöglichſten Zinſen zahlen, und er kann entweder beſtraft und abgeſetzt werden [246]), oder im Fall ſeiner Abweſenheit wird ihm ein Specialcurator zur Herbeiſchaffung der Alimente beigeordnet [247]). Hat der Vormund die Alimente nach eigenem Gutdünken beſtimmt, ſo hat er auch die Gefahr derſelben zu tragen, und muß abwarten, ob ſie im künftigen iudicium tutelae paſſiren werden [248]). Woher der Vormund die Mittel zur Beſtreitung der perſönlichen Bedürfniſſe des Pfleglings zu nehmen habe, war urſprünglich ſeinem eigenen Ermeſſen überlaſſen. Darüber verfügten ſchon die Kaiſer Arcadius und Honorius in einer Conſtitution, welche indeß in der Form, in welcher ſie im Juſtinianiſchen Codex eingetragen iſt, nichts hierher Gehöriges enthält [249]), und in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen finden ſich darüber folgende Vorſchriften: zunächſt ſollen die Revenüen des Mündelvermögens zu dieſem Zwecke verwendet werden, und wenn dieſe nicht zureichen, kann auch das Capital angegriffen und aufgezehrt werden [250]), ja der Vormund kann ſogar mehr aufwenden, als der Pflegling im Vermögen hat, ſobald das Beſte deſſelben eine Anleihe zu dieſem Zwecke rechtfertigt, und was der Vormund auf dieſe Weiſe aufwendete, kann er im contrarium iudicium tutelae zurückfordern, da er nie verpflichtet iſt, aus eigenen Mitteln ſeinen Pflegling zu erhalten. Hat aber der Mündel gar keine Hilfsquellen, ſo wird er in einer öffentlichen Armenanſtalt erzogen, oder es wird ihm wenigſtens Unterſtützung aus der Armencaſſe des Ortes gereicht, was natürlich der Vormund bei

241) L. 3. §. 1 u. 4. D. 27. 2. L. 2. C. 5. 50.
242) L. 3. §. 2 u. 5. D. 27. 2.
243) L. 3. §. 10. D. 27. 2.
244) L. 3. §. 3. D. 27. 2.
245) L. 3. §. 1. D. 27. 2. L. 12. §. 3. D. de adm. (26. 7.) L. 3. pr. D. de contraria tutelae act. (27. 4.)
246) L. 7. §. 8. D. 26. 7. L. 3. §. 4. D. 27. 2.
247) L. 3. §. 14 u. 15. D. de suspectis tut. et curat. (27. 10.), vergl. mit L. 6. D. 27. 2. L. 7. §. 3. D. 27. 10.
248) L. 3. C. de administratione tutorum (5. 37.), vergl. mit L. 2. pr. D. 27. 2. L. 2. C. 5. 50. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 257—260.
249) L. 6. §. 1. Th. C. de admin., vergl. mit L. 24. C. de administr. (5. 37.)
250) Nov. 72. cap. 6—8.

der Obrigkeit ſtets zu beantragen hat. Außer der Alimentation des Mündels hat der Vormund auch noch für deſſen körperliche Geſundheit zu ſorgen, namentlich für die Heilung des unter ſeiner cura ſtehenden Wahn- und Blödſinnigen Sorge zu tragen [251]; ferner hat er in der cura über Abweſende die Loskaufung des Gefangenen aus der Gefangenſchaft zu betreiben [252], und bei der Verheurathung ſeiner Mündel für die Ausſtattung derſelben [253] und die Beſtreitung der Hochzeit [254], ingleichen für die Beſtellung der propter nuptias donatio [255] Sorge zu tragen. 5) Auf die Verpflichtung, gewiſſe Handlungen und Geſchäfte in Bezug auf ſeinen Mündel zu unterlaſſen. Dieſe Handlungen ſind theils ſolche, welche zum Nachtheil der Anſprüche des Pfleglings auf Ablegung der Schlußrechnung und Ausantwortung des Vermögens vorgenommen werden, theils ſolche, welche einer redlichen und gewiſſenhaften Adminiſtration zuwiderlaufen. Zur erſtgenannten Claſſe von Handlungen gehört a) das Verbot, Grundſtücke, welche dem Kaiſer angehören, in Pacht zu nehmen, welches ſich aus einer Conſtitution von Severus und Caracalla herſchreibt und durch Interpretation auch auf Grundſtücke, welche dem Fiscus gehören, und auf öffentliche Abgaben ausgedehnt worden iſt [256]. Im Uebertretungsfalle ſoll die Strafe des falsum auf die Vormünder anwendbar ſein, wenn ſie nicht dem Fiscus und ihrem Mündel zugleich Genüge leiſten und alsdann kaiſerliche Dispenſation nachſuchen. Doch tritt die Strafe nicht ein, wenn die Vormünder nur durch eine Erbſchaftserwerbung in den Contract mit dem Fiscus treten [257], oder der Pflegling bereits todt, und der Vormund nur noch den Erben deſſelben Rechnung abzulegen ſchuldig iſt [258], oder endlich die Vormundſchaft erſt angetragen wurde, nachdem der Pachtcontract bereits geſchloſſen worden. b) Das Verbot, den Mündel vor der Beendigung der Vormundſchaft zu arrogiren [259]. Nach Ablauf der Minorennität und der Reſtitutionszeit iſt dieß Geſchäft indeß unbedenklich zuzulaſſen, auch hat Titus Antoninus reſcribirt, daß dem Tutor geſtattet werden könne, ſeinen Stiefſohn zu arrogiren, weil hier die Nähe der Affinität jeden Verdacht entfernt [260]; und dieß iſt wohl unbedenklich auch auf den Curator auszudehnen, da bei ihm noch weniger Gründe vorliegen die Arrogation zu unterſagen, als bei dem Pupillentutor. c) Das Verbot der Ehe zwiſchen der Mündel (pupilla und adulta) und dem Vormund, ohne Unterſchied, ob er Tutor oder Curator iſt [261].

---

251) L. 7. pr. D. 27. 10.
252) Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7.
253) L. 52. D. 26. 7. L. 60. u. 61. pr. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 9. C. 5. 37. L. 28. C. de iure dotium. (5. 12.) Vgl. Fr. Vat. §. 111.
254) L. 52. D. 26. 7.
255) L. 28. C. 5. 12.
256) L. 49. pr. u. §. 1. D. locati. (19. 2.) L. un. C. ne tutor vel curator vectigalia conducat. (5. 41.)
257) L. 1. §. 12. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.)
258) L. 1. §. 11. D. 48. 10.
259) L. 17. pr. D. de adopt. (1. 17.)
260) L. 32. §. 1. D. 1. 17.
261) L. 59. u. 60. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) Vom Curator ſpre-

Dieß Eheverbot ſchreibt ſich aus einer oratio der Kaiſer Marcus Aurelius und Commodus her, welche durch ein nachfolgendes SC. beſtätigt worden iſt[262]); hat ſeinen Grund in der Abſicht, zu verhüten, daß der Vormund ſeine eheherrliche Gewalt mißbrauche, um ſich der Schlußrechnung und der Herausgabe des Mündelvermögens zu entziehen[263]); erſtreckt ſich nicht allein auf den Vormund, ſondern auch auf die männlichen Deſcendenten des Vormundes[264]), wenn ſchon nicht auf die Tochter deſſelben[265]), ohne Unterſchied, ob dieſelben noch in der väterlichen Gewalt ſtehen oder nicht, und iſt wegen der Gleichheit des Grundes auch auf den Vater des Vormundes, welcher denſelben noch in der Gewalt hat, ferner auf die Brüder des Vormundes, wenn dieſe mit demſelben noch in der Gewalt des nämlichen Vaters ſtehen, und ſogar auf die Freigelaſſenen des Vormundes durch Interpretation ausgedehnt worden[266]). Auch das Verlöbniß iſt unter den genannten Perſonen unterſagt[267]), und dieſes iſt, gleichwie die Ehe, welche gegen dieß Verbot eingegangen wird, als nichtig zu betrachten[268]). Als Folge des Verbotes iſt es zu betrachten, wenn die Kinder aus einer ſolchen Verbindung für uneheliche gelten[269]), wenn durch eine ſolche Heurath keine Affinität begründet wird[270]), wenn Schenkungen des Vormundes an die Pupille nicht einmal als sponsalitia largitas betrachtet, ſondern caduc werden[271]), und wenn endlich das für die Mündel beſtellte Heurathsgut nicht als ſolches betrachtet wird, ſondern mit der condictio ob causam datorum zurückgefordert werden kann[272]). Außerdem wird der Vormund, welcher das Verbot verletzt, ſo behandelt, als wenn er eingeſtanden hätte, in ſeiner Adminiſtration betrogen zu haben, und als ob er dieſen Betrug nur durch die Eingehung der Ehe habe verdecken wollen[273]); deshalb wird er infam, und dieſe Infamie erſtreckt ſich auch auf ſeinen Sohn, wenn er mit dieſem die Mündel verheurathet hat[274]), und es trifft ihn, den Vormund, extra ordinem eine Strafe, welche bis zur Relegation geſteigert werden kann[275]). Die Dauer dieſes

---

den namentlich L. 17. C. si tutor vel curator falsis allegat. (5. 62.) L. 67. §. 4 u. 5. D. 23. 2. L. 7. C. de interdicto matr. (5. 6.)

262) L. 59. D. 23. 2. L. 67. §. 3 u. 4. D. ibid. L. 17. C. 5. 62.

263) L. 63. u. 64. §. 1. L. 67. §. 1 u. 3. D. 23. 2. L. 7. C. de interdicto matrim. inter pupill. (5. 6.)

264) L. 59. D. 23. 2. L. 60. §. 7. L. 66. pr. L. 67. pr. D. ibid.

265) L. 64. §. 2. D. 23. 2. L. 5. C. 5. 6.

266) L. 67. §. 2. D. 23. 2. L. 37. u. 66. §. 1. D. ibid.

267) L. 60. §. 5. D. 23. 2. L. 32. §. 28. D. de donat. inter virum et ux. (24. 1.)

268) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 7. C. 5. 6. L. 32. §. 28. D. 24. 1. L. 17. pr. D. rerum amotarum. (25. 2.) L. 7. pr. D. ad legem Iuliam de adulteriis coercendis. (48. 10.) Vgl. L. 8. C. 5. 6.

269) L. 6. C. 5. 6.

270) Fragm. Vat. §. 109.

271) L. 32. §. 28. D. 24. 1.

272) L. 7. u. 8. C. 5. 6. L. 63. D. 23. 2.

273) L. 7. C. 5. 6. L. 67. §. 1. D. 23. 2.

274) L. 7. C. 5. 6. L. 66. pr. D. 23. 2.

275) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 64. pr. D. ibid.

Verbotes erſtreckt ſich nicht allein auf die der Vormundſchaft, ſondern auch bis zum Ablauf der dem Mündel zuſtehenden Reſtitutionsfriſt [276]), außer wenn der Vormund vorher ſeinem Nachfolger im Amte Rechnung abgelegt und auf dieſen das periculum curae übertragen hat [277]), oder wenn die Mündel bereits von ihrem Vater mit dem Vormund verlobt oder demſelben beſtimmt oder die Ehe mit ihr im väterlichen Teſtamente zur Bedingung gemacht worden iſt [278]), oder wenn der Großvater, welcher die Vormundſchaft über die Enkelin ſeines emancipirten Sohnes führt, dieſelbe an einen Enkel vom anderen Sohne verheurathet [279]), oder wenn der Landesherr von dieſem Ehehinderniſſe dispenſirt [280]). Auch läßt man nach heutigem Rechte eine Ausnahme von der Regel zu, wenn die Ehe zwiſchen dem Vormund und der Mündel unter Einwilligung der Obrigkeit und der Mitvormünder vollzogen wird. — Was aber die zweite oben genannte Claſſe von Handlungen anbetrifft, deren Vornahme dem Curator unterſagt iſt, ſo gehören hierher folgende in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen ſpeciell enthaltene Verbote: aa) der Vormund darf weder in eigener Perſon noch durch dazwiſchengeſchobene Unterhändler von ſeinem Mündel irgend etwas kaufen [281]), ſonſt iſt der Kauf nichtig, wenn er auch unter Auctorität eines Mitvormundes und unter Interpoſition eines obrigkeitlichen Decretes abgeſchloſſen worden iſt. Vorausgeſetzt indeß, daß der Vormund ein wirklich adminiſtrirender Vormund war [282]), und daß der Kauf mala fide und heimlich abgeſchloſſen worden iſt [283]). Dieß Verbot iſt indeß nicht ſpeciell für den Fall der Vormundſchaft eingeführt, ſondern nur eine Folge des allgemeinen Principes, daß kein Verwalter fremder Sachen etwas von dieſen kaufen dürfe, ohne Unterſchied, ob dieß in eigener Perſon, oder durch Unterhändler geſchieht [284]). bb) Der Vormund darf ſich keine Forderungen gegen ſeinen Mündel von Anderen cediren laſſen, weil ſie ſonſt leicht zu Unredlichkeiten gegen die Pflegebefohlenen verleitet werden könnten [285]). Thut er es dennoch, ſo verliert zwar der Cedent ſeine Forderung, aber der Vormund erwirbt ſie nicht, vielmehr wird der Pflegbefohlene ganz von der Schuld frei. Daß dieß Verbot auch vom

276) L. 66. pr. D. 23. 2. L. 7. pr. D. ad legem Iuliam de adulteriis coërcendis. (48. 5.) L. 6. C. 5. 6. L. 28. §. 3. D. de liberis ac posthumis. (28. 2.)

277) L. 62. §. 2. D. 23. 2.

278) L. 7. pr. D. 48. 5. L. 36. u. 66. pr. D. 23. 2. L. 69. §. 5. D. 23. 3.

279) L. 67. §. 1. D. 23. 2.

280) L. 7. C. 5. 6.

281) L. 5. §. 2. 3. 6. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum (28. 8.), vergl. mit L. 9. D. de rebus eorum, qui sub. (27. 9.) L. 5. C. de contrah. empt. vend. (4. 38.)

282) L. 6. D. 26. 8.

283) L. 5. C. de contrahenda emptione. (4. 38.) L. 2. §. 8. D. pro emptore. (41. 4.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 473.

284) L. 46. D. de contrah. empt. (18. 1.), vergl. mit L. 2. §. 1. D. de administr. rer. (50. 8.)

285) Nov. 72. c. 5. Vergl. Mühlenbruch, Ceſſion der Forderungsrechte, §. 32, S. 389—394. (ed. 3.)

geweſenen Curator in Beziehung auf den ehemaligen Pflegling gelte, ſcheint deßhalb angenommen werden zu müſſen, weil ja ſonſt der Vormund ſchon während der Dauer der Vormundſchaft leicht die Ceſſion vorbereiten und erſt nach ihrer Beendigung mit der cedirten Forderung hervortreten könnte. cc) Der Vormund darf, wie jeder andere Verwalter fremder Gelder [286]), die Mündelgelder nicht zu ſeinen Privatzwecken benutzen, ſonſt begeht er ein Caſſenvergehen, welches durch Conſtitutionen verſchiedener Kaiſer verpönt iſt [287]), und im Zweifel vom Mündel erwieſen werden muß [288]). Zum Thatbeſtande dieſes Vergehens gehören folgende einzelne Merkmale: daß der Vormund zur Zeit des Caſſenangriffs noch im Amte geweſen [289]), daß die angegriffenen Gelder Mündelgelder, einerlei ob Capitalien oder Zinſen, geweſen ſeien, daß der Caſſenangriff vom Vormunde eigenmächtig und ohne Vorwiſſen des Vaters des Mündels oder des Mitvormundes vollbracht [290]), daß dieß heimlich und unredlich geſchehen, und dem Pflegling dadurch der Nutzungswerth der fraglichen Summe entzogen worden [291]), und daß endlich der Vormund das Geld in der That zu ſeinen Privatzwecken, gleichviel auf welche Weiſe, verwendet habe. Eine ſolche Verwendung wird aber noch nicht durch den Umſtand bewieſen, daß der Vormund Mündelgelder auf den eigenen Namen an Andere ausleiht, jedoch in der Maße, daß die Zinſen des Capitals dem Mündel zu Gute kommen [292]). Die Strafe dieſes Vergehens beſteht nach dem Pandektenrechte darin, daß der Vormund die höchſten Zinſen von dem verwendeten Mündelgelde zahlt [293]), was den Umſtänden nach doch wohl nur von den centesimae usurae, und nach den Grundſätzen des ſpäteren Juſtinianiſchen Rechtes von semisses usurae verſtanden werden kann [294]). 6) Auf die Verpflichtung zur Verwaltung und Ausführung der Vormundſchaftsangelegenheiten verbunden mit der Verpflichtung, Rechnung darüber abzulegen und allen Schaden zu erſetzen, welcher durch die eigene Nachläſſigkeit dem Pflegbefohlenen zugefügt worden. Weigert ſich der Vormund der Verwaltung und Ausführung der Vormundſchaftsangelegenheiten ſich zu unterziehen, ſo kann er direct dazu vom Prätor extra ordinem gezwungen werden [295]); als Zwangsmittel dienen zuerſt obrigkeitliche Ermahnungen und Verweiſe [296]), und wenn auch dieſe fruchtlos ſind, Ordnungsſtrafen, wie multae dictio und pignoris capio. —

286) L. 38. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 19. §. 4. D. ibid. L. 10. §. 3. D. mandati. (17. 1.)
287) L. 7. §. 4. D. 26. 7. L. 38. D. 3. 5.
288) L. 7. §. 4. D. 26. 7.
289) L. 46. §. 3. D. 26. 7.
290) L. 7. §. 5. D. 26. 7. L. 54. D. ibid. L. 38. D. 3. 5.
291) L. 3. §. 3. D. de contr. tut. (27. 4.), vergl. mit L. 9. §. 7. D. 26. 7.
292) L. 46. §. 2. D. 26. 7.
293) L. 7. §. 4. D. 26. 7. L. 38. D. 3. 5.
294) Vergl. die Stellen in voriger Note, und L. 1. C. de usuris pupillaribus (5. 56.) mit Basilic. ed. Fabr. tom. V. p. 188.
295) L. 1. pr. D. 26. 7.
296) L. 2. D. de feriis. (2. 12.)

Was die Rechnungsablegung anbetrifft, ſo fand dieſe nach römiſchem Rechte nur einmal und zwar nach beendigter Vormundſchaft ſtatt, wenn ſchon während der Dauer derſelben die Mitvormünder die Inſpection der Rechnungen verlangen konnten. Auch wurde dieſe Vormundſchaftsrechnung nicht ſowohl an die Obrigkeit, als vielmehr an den Mündel ſelbſt oder an deſſen Vertreter abgelegt, und, wenn ſie nicht oder nicht in der gehörigen Maße geſchah, mit den gewöhnlichen Vormundſchaftsklagen erzwungen[297]. Allein im kanoniſchen[298], im älteren teutſchen Rechte[299]) und in den teutſchen Reichsgeſetzen[300]) hat ſich das Inſtitut der wiederholten Vormundſchaftsrechnung ausgebildet, welches auch in die neuen Particulargeſetzgebungen übertragen worden iſt. Nach den darin enthaltenen Beſtimmungen liegt dieſe Verpflichtung einem jeden Vormunde ob, wenn er nicht durch Vertrag oder Teſtament davon befreit iſt, und die Ablegung erfolgt am Schluſſe jedes Jahres, dergeſtalt, daß bei der erſten Rechnung das Inventar, bei den folgenden die vorhergehende Rechnung die Grundlage bildet. Die Rechnung ſelbſt wird an die Obrigkeit abgelegt, welche ſie nach den Grundſätzen des Rechnungsprozeſſes zu prüfen und zu juſtificiren hat. Mehrere Vormünder, welche die Vormundſchaft ungetheilt verwalten, legen gemeinſchaftlich Rechnung ab, und wenn das Vermögen in verſchiedenen Regionen oder Geſchäftszweigen vertheilt iſt, hat der eine Vormund eben ſo viel verſchiedene Rechnungen abzulegen, jedoch den Ueberſchuß der beſonderen Rechnungen in der Hauptrechnung aufzuführen.

Um das Detail der Regeln kennen zu lernen, nach welchen dieſe Verwaltung geführt werden muß, wird es nothwendig ſein, nach Anleitung der römiſchen Rechtsquellen[301]) zu unterſcheiden: zwiſchen der Curation mit vollem Adminiſtrationsrechte, wie dieß bei der Curation über einen Wahnſinnigen, Verſchwender oder einen Pupillen oder Minderjährigen der Fall iſt, und der Curation mit beſchränktem Adminiſtrationsrechte. Im erſten Falle vertritt der gerirende Vormund die Stelle des Herrn[302]), und ſchaltet und waltet wie dieſer im Hauſe. Daher ſind die Sclaven ſeinen Befehlen Gehorſam ſchuldig, Inſtitoren und Magiſtri kann er einſetzen und abſetzen, ſelbſt den Sclaven und Söhnen des Wahnſinnigen die freie Adminiſtration über ihr Peculium geſtatten und wieder entziehen u. ſ. w.; doch iſt dieſe ausgedehnte Macht demſelben nur zum Zweck einer redlichen und verſtändigen Haushaltung geſtattet[303]); daher ſind nur ſolche Handlungen der Vormünder giltig, welche ſie bona fide vorgenom-

297) L. 9. §. 4. D. de tut. et rat. distrah. (27. 3.) L. 14. C. de administratione tutorum. (5. 37.)

298) Clem. 2. de religiosis domibus. (3. 11.)

299) Sächſiſches Landrecht I. 23. §. 3.

300) R.-P.-O. v. 1548, Tit. 31. §. 3; von 1577, Tit. 32, §. 3.

301) L. 48. D. 26. 7.

302) L. 56. §. 4. D. 47. 2. L. 157. pr. D. 50. 17., vergl. mit L. 27. D. 26. 7. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 352.

303) L. 7. §. 3. D. pro emtore. (41. 4.) L. 27. D. 26. 7. L. 11. D. 27. 10.

men haben, alle anderen ſind ungiltig [304]). Auch iſt der Vormund zur Leiſtung des Schadenerſatzes verpflichtet, wenn er die Geſchäfte des Mündels nicht mit derſelben Treue, Gewiſſenhaftigkeit und Sorgfalt gerirt, welche er in ſeinen eigenen Angelegenheiten anwendet. Im Falle der beſchränkten Adminiſtrationsrechte hat der Curator nur für die Aufbewahrung und Erhaltung der Güter Sorge zu tragen, z. B. bei der Curation über einen Abweſenden oder einen Gefangenen [305]), über eine liegende Erbſchaft [306]) und über Ungeborene [307]). Nur im Falle des Edictum Carbonianum hat der Curator, weil ſein Amt auf längere Zeit beſtimmt iſt, alle Angelegenheiten des Vermögens zu beſorgen, die Klagen anzuſtellen, die Defenſion zu übernehmen, und endlich Alles dem Sieger zu reſtituiren [308]). Als Regeln, nach welchen der Curator die volle Adminiſtration des Vermögens zu führen hat, werden in den römiſchen Rechtsquellen folgende angegeben: 1) Er muß ſich bei der Veräußerung von Vermögensſtücken des Mündels nur auf ſolche Veräußerungsgründe beſchränken, welche der Mündel in der freien Verwaltung ſeines Vermögens ſelbſt hätte anerkennen müſſen [309]). Daher iſt er nicht allein zu den Ausgaben für die Erziehung und den Unterhalt ſeines Mündels [310]), für den Haushalt und die Vermögensverwaltung deſſelben [311]) berechtigt, ſondern er muß auch die Abgaben und Schulden abbezahlen [312]), freilich aber auch dabei Acht geben, daß die Schuld begründet ſei [313]). Schenkungen und andere Liberalitäten muß er gänzlich vermeiden [314]); auch kann er kein, ſeinem Pflegbefohlenen angehöriges Vermögensſtück zur res divini iuris machen [315]), keinen Sclaven des Mündels freilaſſen, außer wenn ein gerechter Grund zur Freilaſſung vorliegt [316]); endlich weder durch den Erlaßvertrag, noch durch Transaction Klagen erlaſſen, welche ſeinem Mündel zuſtehen [317]). Doch darf der Vormund der Mutter und den übrigen

---

304) L. 12. §. 1. D. 26. 7.

305) L. 6. §. 4. D. 26. 1. L. 1. §. 4. D. de mun. (50. 4.)

306) L. 1. §. 2. D. de curat. bon. (42. 7.) L. 23. §. 3. D. de heredibus instit. (28. 5.) L. 1. §. 4. D. 50. 4.

307) L. 48. D. 26. 7. L. 1. §. 4. D. 50. 4. L. 1. §. 21. D. 37. 9. L. 5. §. 1. D. ibid.

308) L. 1. §. 4. D. 50. 4. L. 5. §. 1 u. 5. D. de edicto Carboniano. (37. 10.)

309) L. 32. §. 6. D. 26. 7.

310) L. 1. §. 8. D. 27. 3. L. 38. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 3. §. 4. D. 26. 7.

311) L. 1. §. 7–9. D. 27. 3. L. 9. §. 6. D. 26. 7. L. 12. §. 2. D. ibid. L. 32. §. 6. D. 26. 7.

312) L. 23. C. 5. 37. L. 32. §. 6. D. 26. 7.

313) L. 13. §. 2. D. 26. 7. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 377.

314) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 1. §. 2. D. 27. 3. L. 22. D. 26. 7. L. 17. D. 27. 10.

315) L. 12. D. 27. 10.

316) L. 17. D. 27. 10. L. 22. D. qui et a quibus manumissi. (40. 9.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 379.

317) L. 37. D. de pactis. (2. 14.) L. 46. §. 7. D. 26. 7. L. 22. C. de pactis. (2. 3.)

Cognaten ſeines Pflegbefohlenen die ordentlichen, jährlichen Geburtstags- und Feſtgeſchenke überſenden [318]; den Kindern und der vollbürtigen Schweſter des Mündels, nicht aber entfernteren Verwandten ein Heurathsgut conſtituiren [319]), und den Kindern, der Mutter oder Schweſter, dem Patron des Mündels und den in ſeinem Dienſte beſchäftigten Freigelaſſenen, die ſich nicht anders ernähren können, Alimente verabreichen [320]). 2) Ungeachtet der Vormund, welcher adminiſtrirt, das volle Veräußerungsrecht an den Sachen ſeines Mündels [321]) und in der Regel auch die Wahl hat, ob er dieß Recht in der Form des Conſenſes oder der Geſtion geltend machen will [322]), ſo iſt ihm doch die Veräußerung gewiſſer Sachen durch die oratio der Kaiſer Severus und Antoninus und das auf ihre Veranlaſſung gemachte SC. ausdrücklich unterſagt worden. Zwar ſprechen die Kaiſer in ſubjectiver Hinſicht zunächſt nur von den Vormündern der Pupillen [323]), und in objectiver von praedia rustica und suburbana [324]). Indeſſen iſt der Inhalt dieſes SC. ſchon durch die Interpretation der römiſchen Juriſten in ſubjectiver Rückſicht auch auf die Curatoren großjähriger Perſonen [325]), und durch kaiſerliche Conſtitutionen in objectiver auf die Veräußerung der praedia urbana und das werthvollere bewegliche Beſitzthum des Pfleglings, z. B. auf goldene und ſilberne Gefäße, Gemmen, Garderobe u. ſ. w. ausgedehnt worden [326]). Auch erſtreckt ſich das Veräußerungsverbot des SC. nicht allein auf die Uebertragung der vollen Proprietät an Andere, ſondern auch auf die Beſtellung des Uſusfructus, der Emphyteuſe, der Superficies und des Pfandrechtes an den angegebenen Sachen [327]). Solche verbotene Veräußerungen können indeß unter folgenden Vorausſetzungen giltig vorgenommen werden, aa) wenn ein gerechter Grund zur Veräußerung vorliegt [328]). Als ſolchen nennt das SC. nur, wenn ſo viel Schulden vorhanden ſind, daß ſie nicht aus anderen Sachen des Mündels übertragen werden können [329]), und ſpätere kaiſerliche Conſtitutionen geſtatten den Verkauf des Mobiliarvermögens auch dann, wenn der Minderjährige zu ſeinem Unterhalte keine hinlänglichen Revenuen hat, um das Kaufgeld entweder auf einträgliche Grundſtücke zu verwenden oder zinſentragend zu machen [330]).

---

318) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 13. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 5. D. 27. 3.
319) L. 12. §. 3. D. 26. 7. Vgl. Fr. Vat. §. 305.
320) L. 12. §. 3. D. 26. 7. L. 13. §. 2. D. ibid. L. 1. §. 2. 4. 6. 7. 8. D. 27. 3.
321) In Betreff des curator furiosi iſt dieß ſchon durch das Zwölftafelgeſetz anerkannt. Caius inst. II. §. 64. Vergl. L. 16. C. 5. 31. und Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 385.
322) L. 47. pr. u. §. 1. D. 4. 4., vergl. mit Caius inst. II. 47.
323) L. 1. §. 2. D. 27. 9., vergl. mit L. 1. pr. D. ibid.
324) L. 1. §. 2. D. 27. 9.
325) L. 8. §. 1. D. 27. 9.
326) L. 22. C. 5. 37.
327) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 401—411.
328) L. 6. u. 12. C. 5. 71.
329) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 5. §. 9. D. ibid. L. 12. C. 5. 71.
330) L. 24. C. 5. 37. Nov. 72. cap. 7 u. 8.

bb) Wenn die competente Obrigkeit einwilligt. Das Daſein eines ſolchen Veräußerungsgrundes hat die competente Obrigkeit in der Form der inquisitio und causae probatio zu unterſuchen [331]). Das Recht zur Cognition legte die Oration ſelbſt nur dem praetor urbanus bei [332]), die Interpretation dehnte es indeß ſehr bald auf alle Provinzialſtatthalter aus [333]), und in einer Conſtitution Conſtantins wird auch der in Conſtantinopel reſidirende Praetor Constantinianus genannt [334]). Neben dieſen Behörden wird auch der Princeps erwähnt [335]). Die Competenz der Behörden richtet ſich nach dem Orte, wo der Vormund beſtellt worden [336]) und der Richter der belegenen Sache erſcheint mithin nur dann competent, wenn er ſelbſt den Vormund beſtellt hat [337]), obgleich nach der teutſchen Praxis auch dieſer bei der Veräußerung von Grundſtücken befragt werden muß. Der Gegenſtand, auf welchen die Obrigkeit bei dieſer Cognition ihr Augenmerk zu richten hat, iſt nicht allein der geſetzliche Grund der Veräußerung ſelbſt [338]), ſondern auch der Gegenſtand und die Art und Weiſe der Veräußerung. Der Gegenſtand: inwiefern etwa andere Grundſtücke ſchlechter und entbehrlicher ſind, als das vorgeſchlagene [339]); die Art und Weiſe der Veräußerung: inwiefern vielleicht die bloße Aufnahme eines Darlehns gegen Verpfändung der Sache ausreicht, und die Nothwendigkeit des Verkaufes ausſchließt. cc) Die competente Obrigkeit muß nach dem Schluſſe der Unterſuchung die Veräußerung durch ein ordentliches Urtheil, welches in die Form des Decretes gekleidet wird, für zuläſſig erklären [340]). Der Zeit nach muß dieß Decret der Veräußerung vorangehen [341]) und zugleich die Art der Veräußerung und, inwieweit dieſelbe erlaubt ſei, genau beſtimmen [342]). dd) Die Veräußerung ſelbſt muß durch die Vormünder vollſtreckt werden. Iſt dieſe Form bei der Veräußerung der oben genannten Stücke nicht beobachtet worden, ſo iſt der Act der Veräußerung nichtig, und dem Mündel ſteht es frei, die veräußerte Sache von jedem dritten Beſitzer zu vindiciren [343]), und es bedarf zu dieſem Zwecke nicht einmal der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand [344]). Auch iſt der Vindicant im Beweiſe der Klage inſofern bevorzugt, als der Beklagte condemnirt wird, wenn er nicht darzuthun vermag, daß er oder ſein Vorgänger die fragliche Sache nach vorgängigem Decrete der Obrigkeit von dem Mündel unter Beitritt ſeines Vormundes

---

331) L. 18. C. 5. 71. L. 22. C. 5. 37.
332) L. 1. §. 2. D. 27. 9.
333) L. 1. 6. 9. 10. 12. 16. 17. C. 5. 71.
334) L. 18. C. 5. 71.
335) L. 2. C. quando decreto opus. (5. 72.)
336) L. 5. §. 12. D. 27. 9. L. 61. §. 1. D. de iure dotium. (23. 3.)
337) L. 16. C. 5. 71.
338) L. 5. §. 9. D. 27. 9. L. 6. C. 5. 71.
339) L. 5. §. 10. D. 27. 9.
340) L. 6. u. 18. C. 5. 71. L. 22. C. 5. 37. L. 7. §. 4. D. 27. 9.
341) L. 7. §. 4. D. 27. 9. L. 1. §. 2. L. 2. u. 5. §. 10. D. ibid.
342) L. 7. §. 4. D. 27. 9.
343) L. 3. 4. 8. 10. 11. 16. C. 5. 71.
344) L. 2. C. 5. 71.

gekauft habe[345]). Gibt aber der Kläger die Exiſtenz des Decretes zu, ſo muß er die Giltigkeit deſſelben aus triftigen Gründen anfechten, um eine Condemnation zu erwirken. Dieß Anführen hat dann die Natur einer Replik, und muß deßhalb vom Kläger erwieſen werden[346]). Der Klage ſtehen indeſſen mehrere Einreden entgegen. Dahin gehört α) die Einrede des widerrechtlichen Gewinnes (exceptio doli mali). Sie ſteht dem Kläger ſtets dann entgegen, wenn er ſich auf Koſten und zum Schaden des Beklagten bereichern will[347]). Dieß iſt namentlich dann der Fall, wenn von dem Kaufgelde Schulden des Pflegbefohlenen abbezahlt worden ſind [348]) (und dann werden auch die Zinſen dieſer Schulden, von welchen der Mündel durch die Abtragung der Hauptſchuld ſich frei gemacht hat, mit eingerechnet[349])); wenn der Vormund das unter Verpfändung des Grundſtückes aufgenommene Darlehn dazu verwendet hat, um einen anderen Pfandgläubiger damit abzufinden [350]), oder wenn er aus einem Vergleiche mit dem Beklagten etwas für Ueberlaſſung des Grundſtückes empfangen und dieß in das Vermögen des Mündels verwendet [351]), oder wenn der Beklagte Meliorationen gemacht hat, und der Kläger, ohne dieſe zu erſetzen, die Sache vindiciren will[352]). Den Grund dieſer Einrede muß natürlich der Beklagte beweiſen, und nur inſoweit dieſer Beweis wirklich erbracht wird, kann Erſtattung verlangt werden[353]). β) Die Einrede der Genehmhaltung (exceptio ratihabitionis). Sie iſt in der Regel nur dann giltig, wenn ſie nach erreichter Großjährigkeit erfolgte[354]), und nur, wenn der Minderjährige unter Vorausſetzung des eidesfähigen Alters einen körperlichen Eid leiſtet, die Veräußerung nicht anfechten zu wollen, wird auch dieſe Entſagung für giltig erachtet[355]). γ) Die Einrede der Verjährung (exceptio praescriptionis). Im vorjuſtinianiſchen Rechte wandte man auf dieſen Fall die gewöhnliche Uſucapion und longi temporis praescriptio an [356]), und namentlich Conſtantin traf in Betreff der gegen die Minderjährigen laufenden Verjährung beſondere Maßregeln [357]). Das heutzutage giltige Recht iſt aus einer

---

345) L. 13. §. 2. D. 6. 2. Vergl. Löhr, im Magazin für Rechtswiſſenſchaft, Bd. 3, S. 514—517.

346) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 5. §. 15. D. ibid. L. 5. C. 5. 71. L. 2. C. si quis ignorans. (5. 71.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 429.

347) L. 13. §. 1. D. 27. 9. L. 9. C. de usucap. pro emptore. (7. 26.)

348) L. 13. §. 1. D. 27. 9. L. 14. C. 5. 71.

349) L. 16. C. 5. 71.

350) L. 7. §. 5. D. 27. 9.

351) L. 4. C. 5. 71.

352) L. 16. C. 5. 71.

353) L. 10. C. 5. 71.

354) L. 1. u. 2. C. 5. 71. L. 6. C. arbitrium tutelae. (5. 51.) L. 1. u. 2. C. si maior factus ratum habuerit. (5. 74.)

355) Auth. Sacramenta puberum ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.) Vergl. Savigny, Geſchichte des römiſchen Rechtes im Mittelalter, Bd. 4, S. 162—171.

356) L. 2. C. 5. 74.

357) L. 1. Th. C. de praediis min. sine decreto non alien. (3. 21.)

Conſtitution Juſtinian's [358]) zu entnehmen, welche ſich in mancher Beziehung dem älteren Rechte anſchließt. Zunächſt unterſcheidet der Kaiſer zwei verſchiedene Fälle, den des Verkaufes, der donatio propter nuptias, der Verpfändung, kurz des oneroſen Beſitztitels, und auf der anderen Seite, den der Schenkung. Im erſten Falle ſoll ein Minderjähriger die Veräußerung unter dem Vorwande des fehlenden Decretes nur bis zum dreißigſten Jahre anfechten können. Dieſe Verjährung beſteht aus einer fünfjährigen Friſt, welche von dem Augenblicke der Vollendung des fünfundzwanzigſten Jahres an zu laufen fängt, nach den Grundſätzen der tempora continua berechnet wird, vom guten oder ſchlechten Glauben des Beſitzers gänzlich unabhängig iſt und nicht allein durch die Anſtellung der Klage, ſondern auch durch die von Juſtinian eingeführte Proteſtation unterbrochen werden kann. In Betreff derſelben iſt es gleichgiltig, ob der Minderjährige bereits venia aetatis erlangt hat, und ob er den Verkauf oder die Verpfändung allein oder unter Beitritt des Curators vornahm. Im anderen Falle, d. h. in dem der Schenkung, tritt die Neuerung Juſtinian's nicht ein, ſondern es ſoll vielmehr für dieſen Fall ganz und gar bei der alten longi temporis praescriptio ſein Bewenden haben, ohne Unterſchied, ob der Minderjährige venia aetatis erlangt hat oder nicht. Die Erforderniſſe der zuletzt genannten Verjährung ſind die gewöhnlichen. Der Beſitzer der Sache muß alſo im guten Glauben ſein, und, was die Zeit betrifft, unter Anweſenden 10 Jahr, unter Abweſenden 20 Jahr beſeſſen haben. Dieſe Friſt beginnt aber hier natürlich erſt nach erreichter Großjährigkeit. Stirbt der Minderjährige während der Verjährung, ſo dauert die Vindication des Erben nur noch ſo lange Zeit, als dem Minderjährigen Jahre ſelbſt von den zehn oder zwanzig Jahren bei ſeinem Tode noch übrig waren. War alſo der Erbe noch minorenn, ſo kann er nicht verlangen, daß die Verjährung ſiſtirt werde, bis er ſelbſt zur Großjährigkeit gelangt. Daſſelbe tritt ein, wenn er abweſend war u. dergl. Fehlt es an den Erforderniſſen dieſer Verjährung, ſo erliſcht die Vindication der geſchenkten Sachen erſt durch die dreißigjährige Verjährung. — Von dieſem allgemeinen Veräußerungsverbote ſind indeß ſolche Veräußerungen, welche nicht von dem freien Willen des Vormundes oder des Pfleglings ausgehen, alſo entweder auf geſetzlicher Nothwendigkeit oder obrigkeitlicher Auctorität beruhen, ausgenommen, und alſo auch dann giltig, wenn ſie ohne Decret verwirklicht worden [359]). Dieß iſt der Fall, wenn der Mündel mit einem Anderen zugleich Eigenthümer eines Grundſtückes iſt, der letztere auf Theilung anträgt [360]), wenn der Gläubiger, dem bereits der Vater des Mündels das Grundſtück verpfändet hat, ſein Verkaufsrecht daran geltend macht [361]), wenn geſetzliche oder richterliche

358) L. 3. C. 5. 74. Vergl. Marezoll im Archiv für civil. Praxis, Bd. VIII, S. 279 flg.; v. Buchholtz, juriſtiſche Abhandlungen, Nr. 19, S. 249—264, und Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 435—444.

359) L. 3. §. 1 u. 2. D. 27. 9.

360) L. 1. §. 2. D. 27. 9., vergl. mit L. 5. §. 16. L. 8. §. 2. L. 16. D. ibid.

361) L. 1. §. 2. D. 27. 9. L. 7. §. 1. D. ibid. L. 1. C. 5. 71.

Pfandrechte entſtehen[362]) oder geltend gemacht werden[363]), und wenn der Vormund ein Grundſtück ſeines Mündels vindicirt und ſtatt deſſen die litis aestimatio anzunehmen gezwungen iſt[364]). Auch freiwillige Veräußerungen ſind in folgenden Fällen ohne Decret erlaubt: wenn der Vater des Pflegbefohlenen im letzten Willen es ſo angeordnet hat, daß ein Grundſtück verkauft, verpfändet oder verſchenkt werden ſoll[365]), wenn dieß ein Anderer gethan hat, aus deſſen Gütern der Mündel das Grundſtück erhalten[366]), und endlich wenn die Vormünder in Prozeſſen für ihre Mündel eine Prozeßcaution durch Pfänder ſtellen müſſen und zu dieſem Zwecke Sachen verpfänden, die unter ihrer Adminiſtration ſtehen. 3) Für die Erhaltung und Bewirthſchaftung der Mündelgüter ſoll der Vormund im Allgemeinen denſelben Fleiß aufwenden, welchen er auf ſeine eigenen Sachen gewendet haben würde. Daher muß er nicht allein die Sclaven des Mündels gehörig beaufſichtigen, ſondern auch auf hinreichende Weiſe beſchäftigen und durch ihre operae erwerben laſſen; die Gebäude in baulichem Stande erhalten und die nöthigen Reparaturen an ihnen vornehmen laſſen[368]); Sachen, welche leicht verderben, ſobald wie möglich verkaufen[369]); Grundſtücke, welche dem Mündel gehören, verpachten oder ſelbſt bewirthſchaften, und Handlungen entweder durch Vorgeſetzte oder auf des Mündels Rechnung betreiben. Alles was ſich an Gold, Silber und anderen Sachen, welche nicht durch die Zeit verderben oder ihren Werth verlieren, in der Vormundſchaft vorfindet, muß der Vormund beim Antritt ſeines Amtes an die Obrigkeit abliefern, damit dieß Alles dem Mündel nach erreichter Großjährigkeit zurückerſtattet werde[370]). Am ausführlichſten ſind die Vorſchriften des römiſchen Rechtes über die Behandlung der Forderungen des Mündels durch den Vormund. Für die außenſtehenden Capitalien deſſelben muß er beſondere Sorge tragen, zur gehörigen Zeit nicht allein die Zinſen erheben, ſondern auch das Capital kündigen und einheben. Sonſt trägt er die Gefahr des Capitals und der Zinſen[371]). Schulden, welche der Vormund ſelbſt an den Mündel hat, muß er freiwillig abtragen, und nicht erſt abwarten, bis er deßhalb verklagt wird[372]). Ueber die Verwendung

---

362) L. 1. §. 4 u. 5. D. 27. 9.

363) L. 3. C. si propter publicas pens. (4. 46.), vergl. mit L. 7. §. 1. D. 27. 9. L. 3. §. 1. D. ibid. L. 1. C. 5. 71.

364) L. 3. §. 2. D. 27. 9.

365) L. 3. §. 3. D. 27. 9.

366) L. 3. C. 5. 72.

368) L. 22. C. 5. 37.

369) L. 7. §. 1. D. 26. 7. L. 3. C. 5. 38. L. 22. C. 5. 37.

370) L. 24. C. 5. 37. Nov. 72. c. 6.

371) L. 15. D. 26. 7. L. 57. D. ibid. L. 24. C. 5. 37. Daſſelbe gilt auch in Betracht der Forderungen, welche der Mündel an den früheren Vormund aus der Vormundſchaft hatte. Denn auch dieſe muß der neue Vormund von ſeinem Vorgänger oder deſſen Erben ſobald, wie möglich eintreiben, ſonſt haftet er für den Ausfall. L. 2. C. de tutore, qui satis non dedit. (5. 42.) L. 39. §. 15 u. 16. C. D. 26. 7.

372) L. 9. §. 3. D. 26. 7.

der ſich vorfindenden Baarſchaft, ſtellte zuerſt das prätoriſche Edict die allgemeine Regel auf, daß, wenn nach Abzug der Schulden und Bedürfniſſe des Pfleglings eine hinlängliche Summe übrig bliebe, dieſe in einem Tempel niedergelegt werden ſolle, um bei günſtiger Gelegenheit ein Grundſtück dafür zu kaufen [373]), und wenn der Vormund ſolche Grundſtücke aus dem deponirten Gelde nicht erkauft, wird er nicht allein vom Prätor dazu gezwungen, ſondern er muß für ſeine Zögerung auch noch Zinſen entrichten [374]). Nur wenn es an hinreichendem Gelde fehlt, oder keine Gelegenheit vorhanden iſt, paſſende Güter zu erwerben, iſt der Vormund verpflichtet, die Mündelgelder verzinslich auszuthun. Zwar gebot eine verloren gegangene Conſtitution das ganze Vermögen des Mündels zu verſilbern und zinsbar zu machen, allein Conſtantin [375]) hat dieſe Verſilberung wieder verboten, mit Ausnahme ganz entbehrlicher und ſchlechter Sachen, und im Juſtinianiſchen Codex iſt durch eine interpolirte Conſtitution der Kaiſer Arcadius und Honorius die Regel ausgeſprochen worden, daß nur bewegliche Sachen des Mündels verſilbert und Grundſtücken aus ihrem Erlöſe erkauft, und erſt in Ermangelung günſtiger Gelegenheit das Geld auf Zinſen ausgethan werden ſoll [376]). Endlich ſtellte Juſtinian [377]), um die Gefahr, welche gewiſſenhafte Vormünder von der Uebernahme der Vormundſchaft abhalte, aufzuheben, die allgemeine Regel auf, daß es ganz dem freien Willen des Vormundes überlaſſen ſein ſollte, ob er die Gelder des Mündels verzinslich ausleihen oder ſicher deponiren will; freilich zunächſt nur für den Fall, wenn der Mündel Immobilien hat, von deren Ertrag er leben kann. Und wenn das Vermögen deſſelben in Mobilien beſtand, ſo wurde der Vormund angewieſen, ſo viel davon entweder auf Zinſen zu legen, oder auf den Ankauf einträglicher, möglichſt abgabenfreier Grundſtücke zu verwenden, als für den Haushalt des Minderjährigen nothwendig iſt, das Uebrige aber gleichwohl in dieſem Falle zu deponiren. Doch hat die teutſche Praxis die Verfügungen der angeführten Juſtinianiſchen Novelle nicht weiter berückſichtigt, und iſt bei den im Juſtinianiſchen Codex ausgeſprochenen Grundſätzen ſtehen geblieben [378]). — Bei der Ausleihung der Mündelgelder hat der Vormund nach dem Pandektenrechte die Gefahr der Capitalien ſammt der der Zinſen zu tragen, und dieſe Gefahr geht auf ſeinen Nachfolger im Amte erſt dann über, wenn dieſer ihre Sicherheit geprüft und agnoſcirt hat, wodurch dann ſein Vorgänger von der Gefahr befreit wird [379]); doch erſtreckt ſich dieſe Gefahr nach dem Pan-

373) L. 5. pr. D. 26. 7. L. 3. §. 2. L. 7. §. 3. D. ibid.

374) L. 7. §. 3 u. 7. D. 26. 7. Zwar derogirt dem Geſagten Nov. 72. c. 6, doch hat die teutſche Praxis die Vorſchrift dieſer Novelle nicht beachtet.

375) L. 22. C. 5. 37.

376) L. 24. C. 5. 37. Siehe Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 365.

377) Nov. 72. c. 6—8. Auth. Novissime C. de adm. (5. 37.)

378) Vergl. Leyser, medit. ad. Pand. Vol. V. spec. CCCXXXIX. 1. 2. Mevius, tom. II. P. VII. decis. 200. Hartm. Pistoris quaest. iur. I. 49. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 30, S. 326—330. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 367.

379) L. 44. D. 26. 7. L. 19. D. 27. 3., vergl. mit L. 35. D. 26. 7. L. 39. §. 14. L. 57. D. ibid. L. 2. C. arbitr. tut. (5. 51.)

deſtenrechte nur auf ſolche Fälle, wo dem Vormund eine culpa zur Laſt fällt, nicht auf den rein zufälligen Schaden[380]), wenn ſchon eine Juſtinianiſche Novelle auch dieſen dem Vormunde imputirt[381]). Bei dem Ausleihen ſolcher Capitalien muß der Vormund die Rückzahlung des Capitals ſeinem Mündel oder deſſen Sclaven verſprechen laſſen, und erſt, wenn dieß nicht thunlich iſt, ſelbſt ſtipuliren, in welchem Falle dem Mündel eine utilis actio gegeben wird[382]). Verſäumt er es aber, die Mündelgelder verzinslich auszuthun, ſo muß er dem Pfleglinge nicht allein aus eigenen Mitteln den entgangenen Gewinn erſetzen, ſondern kann auch noch extra ordinem beſtraft werden, wenn er dieß zu thun außer Stand iſt[383]). Beides tritt indeß nur dann ein, wenn dem Vormund culpa und mora zur Laſt fällt, z. B. wenn er ſein eigenes Geld unterbrachte, während er gleichzeitig das Mündelgeld ungenutzt liegen ließ[384]). Auch braucht der Vormund Zeit, um günſtige Gelegenheit auszukundſchaften, und kann daher erſt nach Ablauf der hierzu billig zu verſtattenden Friſt als ſäumig betrachtet werden[385]). Dieſe Friſt heißt in der Kunſtſprache laxamentum temporis oder laxamentum ſchlechthin, und beträgt in Rückſicht der Gelder, welche der Vormund bei der Uebernahme der Vormundſchaft vorfindet, ſechs[386]), in Rückſicht der ſpäter eingehenden zwei Monate[387]). Die Zinſen dieſes Zeitraumes kommen daher in der Klage gegen den Vormund bei der litis aestimatio nicht in Anſchlag[388]). 4) Die Erweiterung des Vermögens des Mündels iſt dem Vormund zur Pflicht gemacht. Schon nach dem vorjuſtinianiſchen Rechte[389]) ſoll er Schenkungen, welche an ſeinen Mündel gemacht werden, ſofort annehmen, und nach dem Juſtinianiſchen Rechte auch Erbſchaften, Legate und Fideicommiſſe, welche dem Mündel zugewendet werden; ſonſt ſteht er für den Ausfall[390]). Dagegen wird er aber auch verbindlich, den Schaden aus eigenem Vermögen zu erſetzen, welcher dem Mündel daraus entſteht,

---

380) L. 50. D. 26. 7., vergl. mit L. 37. §. 1. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 35. D. de rebus cred. (12. 1.)

381) Nov. 72. cap. 6. Vergl. Marezoll, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 9, S. 37, und Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 366.

382) L. 9. pr. D. 26. 7.

383) L. 49. D. 26. 7. L. 58. §. 1 u. 3. D. ibid.

384) L. 3. C. de usuris pupillaribus (5. 56.), vergl. mit L. 12. §. 4. D. 26. 7. L. 13. §. 1. D. ibid.

386) L. 15. D. 26. 7.

387) L. 7. §. 11. D. 26. 7. Nov. 72. c. 6. Bei der Erklärung dieſer Novelle nimmt Marezoll, im Archiv a. a. O. Th. 9, S. 44—49, an, daß der Vormund zur Compenſation der Gefahr, die er an den ausgeliehenen Capitalien trägt, zwei Monat an den Zinſen alljährlich gewinnen ſolle. Allein dieſe Erklärung verſtößt gegen die allgemeine Regel, daß der Vormund die Mündelgelder nicht zu ſeinem eigenen Vortheile benutzen dürfe (vergl. L. 7. §. 4. 10. 12. L. 58. pr. D. 26. 7.), und wird auch durch die Worte der Novelle nicht gerechtfertigt. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 366, Note 27.

388) L. 7. §. 11. D. 26. 7.

389) Fr. Vat. §. 249.

390) L. 18. D. 27. 3. L. 4. C. arbitrium tut. (5. 51.) L. 26. C. de administrat. (5. 37.) L. 11. D. de auctoritate et consensu. (26. 8.) L. 11. D. de bonorum possess. (37. 1.) L. 7. §. 3. C. 5. 70.

wenn der Vormund für ihn eine verſchuldete Erbſchaft annimmt oder dazu die bonorum possessio agnoſcirt [391]). Ueber die Form der Erwerbung ſolcher letztwilliger Zuwendungen gelten folgende Grundſätze. Iſt der Pflegling necessarius heres, ſo erwirbt er die Erbſchaft ipso iure, doch kann ihn der Vormund einſeitig davon abſtiniren [392]). Gehört der Pflegling aber zu den voluntarii heredes, ſo kann zwar der Curator nicht ſelbſt die Erbſchaft antreten, aber der Pflegling kann es unter Beitritt des Vormundes, oder, was gleiche Wirkung hat, es kann dieß durch einen Sclaven des erſteren geſchehen [393]). Zum Erwerbe der bonorum possessio iſt ſchon die Bitte des Vormundes im Juſtinianiſchen Rechte hinreichend [394]), ohne daß es einer weiteren Zuziehung des Mündels bedürfte.

Zum Zwecke der Verwaltung vormundſchaftlicher Angelegenheiten ſteht dem Curator, gleich dem Tutor, ein gewiſſes Repräſentationsrecht gegen Dritte zu. Er hat das Recht, ohne Concurrenz ſeines Pflegbefohlenen Forderungen deſſelben einzuheben und zu quittiren [395]); Novationen und Delegationen im Namen ſeines Pfleglings, wenn ſie dieſem nützen, einzugehen [396]); Klagen, Stipulationen und Nuntiationen, welche dieſem zuſtehen, in deſſen Namen geltend zu machen [397]), oder über Vormundſchaftsſachen Eide anzutragen [398]), Vergleiche zu ſchließen [399]) und zu compromittiren [400]). Acceptilationen und Ceſſionen von Obligationen kann der Vormund indeß nicht vornehmen, ſondern nur die Pflegbefohlenen ſelbſt unter Beitritt ihres Vormundes [401]). Doch kann das Hinderniß bei der Acceptilation leicht dadurch gehoben werden, daß der Vormund vorher die Obligation durch Novation zu der ſeinigen macht und dann die Ac-

---

391) L. 11. D. 37. 1. L. 67. §. 6. D. de R. N. (23. 2.)

392) L. 67. §. 6. D. 23. 2.

393) L. 50. D. de acquir. vel. om. (29. 2.)

394) L. 11. D. 26. 8. L. 7. §. 1. D. 37. 1. L. 8. D. ibid. L. 7. C. qui admitti ad bonorum possessionem. (6. 9.) L. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 7. §. 3. C. 5. 70.

395) L. 22. C. de pactis. (2. 3.) L. 14. §. 7. D. de solut. (46. 3.) L. 100. D. ibid. Zur Liberation gehört nach Juſtinianiſchem Rechte ein ſportelfrei zu ertheilendes obrigkeitliches Decret. Vgl. L. 25. C. 5. 37. §. 2. J. quibus alienare licet. (2. 8.) Auf Zinſen und Pachtgelder iſt dieſe Verfügung nur inſofern zu erſtrecken, als ſie ſeit zwei oder drei Jahren rückſtändig ſind, und zugleich über 100 aurei betragen. L. 27. C. 5. 37. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 447.

396) L. 22. D. 26. 7. L. 20. §. 1. D. de novat. et deleg. (46. 2.) L. 34. §. 1. D. ibid. L. 96. pr. D. de solutionibus. (46. 3.)

397) Von Klagen ſprechen L. 22. D. 26. 7. L. 56. §. 4. D. de furtis. (47. 2.) L. 11. §. 2. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 55. pr. D. de eviction. (21. 2.) L. 1. §. 4. D. 26. 7.; von Stipulationen L. 3. §. 1. 4. 6. 7. D. iudicatum solvi (46. 7.); von Nuntiationen L. 7. §. 1. D. de operis novi nuntiatione. (39. 1.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 451.

398) L. 17. §. 2. D. de iureiur. (12. 2.)

399) L. 56. §. 4 u. 5. D. 47. 2.

400) L. 47—49. D. de receptis. (4. 9.)

401) L. 1. C. de acceptilat. (8. 44.) L. 13. §. 10. D. de acceptilat. (46. 4.) Vgl. L. 37. §. 2. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

ceptilation vornimmt [402]). In Betreff der Rechtsgeſchäfte, welche der Vormund im Namen des Pupillen mit Anderen abzuſchließen hat, ſteht es ihm gewöhnlich frei, ob er ſie in eigener Perſon abſchließen will oder durch Andere, welche der Gewalt ſeines Pflegbefohlenen unterworfen ſind, und alſo dieſem alle Rechte erwerben [403]). Schließt ſie der Vormund in Perſon ab, ſo iſt zunächſt zwiſchen activer und paſſiver Repräſentation zu unterſcheiden. Bei der activen Repräſentation galt in Betreff der Actionen der Grundſatz, daß Mündel in der Regel durch den Vormund nicht Klagen erwerben können, außer in beſtimmten Fällen, wo ihnen die utilis actio geſetzlich zukommt [404]), wie bei der Stipulation [405]), bei den Conſenſualcontracten [406]), bei dem Conſtitutum [407]), oder wo die directa actio auch durch Dritte begründet wird, wie bei der Darlehnsobligation [408]). In Betreff der Exceptionen ſcheint ebenfalls die Regel, daß eine Einrede des Pfleglings aus den Geſchäften des Vormundes unſtatthaft ſei, aus einem ähnlichen praktiſchen Bedürfniſſe, wie bei den Actionen verlaſſen worden zu ſein [409]). In Betreff der civilrechtlichen Vindicationen, wo von Alters her der Grundſatz galt, daß ſie aus dem vom Vormunde abgeſchloſſenen Geſchäfte nur dieſem, nicht ſeinem Mündel erworben wurden, nahm man, geſtützt auf den Satz, daß durch freie Mittelsperſonen Beſitz, und durch dieſen auch Eigenthum erworben werden könne [410]), ſchon zeitig als unbezweifelt an, daß der Mündel auf dieſem Wege eine directa vindicatio erwerben könne [411]), und geſtattete demſelben ſelbſt dann, wenn der Vormund auf ſeinen eigenen Namen contrahirt hatte, die Wahl, ob er mit der actio negotiorum gestorum ſich an den Vormund halten oder das Grundſtück und die Vindication als in ſeinen eigenen Angelegenheiten erworben anſehen wolle [412]); endlich in Bezug auf die Publicianiſche Klage war es ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten entſchiedener Grundſatz, daß, wenn Jemand nicht für ſich, ſondern als Vertreter eines Anderen eine Sache kauft und in Beſitz bekommt, dieſem Anderen die genannte Klage gegeben werde, wie wenn er die Sache ſelbſt gekauft hätte, und dieſer Grundſatz findet auf den Curator die vollſte Anwendung [413]). Zur Beurtheilung der paſſiven Vertretung des Pfleglings durch den Vormund,

---

402) L. 13. §. 10. D. 46. 4.

403) L. 9. §. 6. D. de Public. in rem. (6. 2.) L. 2. D. rem pupilli. (46. 6.) L. 4. §. 8. D. ibid. L. 6. D. ibid. L. 9. pr. D. 26. 7.

404) L. 5. C. quando ex facto tutoris. (5. 39.)

405) L. 9. pr. D. 26. 7. L. 2. D. quando ex facto tut. (26. 9.) L. 2. C. quando ex facto. (5. 39.) L. 26. D. 12. 1.

406) L. 4. C. 5. 39.

407) L. 5. §. 7. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

408) L. 8. u. 16. D. 26. 7. L. 9. §. 7. D. ibid., vergl. mit L. 126. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) L. 9. §. 8. D. de rebus cred. (12. 1.)

409) L. 59. D. de pactis (2. 14.), vergl. mit L. 9. §. 6. D. de iureiur. (12. 2.) L. 15. D. 2. 14. L. 10. §. 2. L. 26. §. 1. D. ibid.

410) L. 3. C. de adquir. et retin. possess. (7. 32.)

411) §. 5. J. per quas personas. (2. 9.) L. 20. §. 2. D. de acquir. rerum dom. (41. 2.) L. 53. D. ibid.

412) L. 2. D. 26. 9. L. 2. C. arbitrium tutelae. (5. 51.)

413) L. 7. §. 10. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

ſoweit ſie bei erlaubten Geſchäften vorkommt, muß man wohl die allgemeine Regel des römiſchen Obligationenrechtes in Obacht nehmen, daß man durch ſeine Contracte nur ſich ſelbſt, nicht aber Dritte obligiren könne. Daher konnte nach älterem Rechte der Vormund, wenn er allein handelte, nur ſich, nicht aber den Pflegling obligiren, und mußte ſich aus des Pfleglings Obligationen, wie aus ſeinen eigenen verklagen und condemniren laſſen. Erſt nach beendigter Vormundſchaft konnte er vom Mündel Erſatz ſeiner Auslagen, oder falls er dieſe noch nicht gemacht hatte, Defenſion gegen die Klage aus der Obligation verlangen[414]). Ausnahmen von dieſer Regel traten nach altem Rechte nur dann ein, wo die Bereicherung die eigentliche causa obligandi bildete, wie bei dem Darlehen[415]), oder wo die obligirende Handlung auch durch Boten und Briefe verrichtet werden konnte, mithin der Vormund nicht als ſelbſtſtändig contrahirende Perſon, ſondern als bloßes Organ des Pfleglings in Betracht kam, wie beim Conſtitutum[416]) und bei der Interpellation[417]). Indeß gewöhnte man ſich allmälig daran, aus den Schulden, welche der Vormund in des Pfleglings Angelegenheiten macht, die Klage wenigſtens als utilis actio gegen den Pflegling ſelbſt zu geben, und zwar nicht ſowohl nach Analogie der exercitoria und institoria actio, ſondern es beruht dieſe Annahme vielmehr auf der Fiction der Defenſion oder paſſiven Ceſſion, welche der Vormund von ſeinem Pflegbefohlenen erzwingen kann. Zunächſt wurde ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten aus allen Geſchäften, welche der Vormund während der Dauer der Vormundſchaft auf den Namen ſeines Mündels eingeht, gegen den erſteren die actio directa denegirt, und gegen den letzteren die actio utilis auf das Ganze gegeben, ohne Unterſchied, mag der Vormund ſolvend ſein oder nicht, und dieſe Anſicht hatte die wichtige Folge, daß, obſchon der Vormund während der Vormundſchaft zur Defenſion des Pflegbefohlenen verpflichtet iſt, doch die Zahlung aus des Pfleglings Vermögen geſchehen kann[418]). Noch weiter ging man bei Klagen, welche nach Beendigung der Vormundſchaft angeſtellt werden. Hier braucht der geweſene Vormund den Pflegling gegen die Klage nicht einmal mehr zu vertreten, vielmehr fällt die Defenſion ſeinem Nachfolger im Amte oder dem Pflegling ſelbſt oder deſſen Erben zur Laſt[419]), und von dieſer Regel finden ſich nur da Ausnahmen, wo der Vormund als Intercedent die Obligation im eigenen Namen übernommen hat[420]). Fragt man

414) L. 5. §. 1. D. de obligat. et action. (44.7.) L. 6. D. de contr. tut. (27. 4.)

415) L. 20. §. 1. D. de in rem verso. (15. 3.) L. 3. C. 5. 39. L. 27. D. 12. 1.

416) L. 14. §. 3. u. L. 15. D. 14. 5.

417) L. 24. D. de V. O. (45. 1.)

418) L. 1. u. 2. D. 26. 7.

419) L. 26. C. 5. 38.

420) L. 15. C. 5. 37. ſpricht von der Interceſſion als Fideiuſſor; L. 4. C. si tut. vel cur. interv. (2. 25.) von der Expromiſſion für den Pflegling; L. 6. D. 26. 9. von der Uebertragung der Obligation des Pfleglings auf den Vormund durch die Novation; L. 5. §. 1. D. ibid. von der Aufnahme des Darlehns auf den eigenen Namen des Vormundes, wenn ſchon zum Nutzen des Mündels.

endlich, inwieweit aus widerrechtlichen Handlungen des Vormundes eine Klage oder Einrede gegen den Pflegling gegeben werden könne, ſo iſt es auch hier allgemeine Regel, daß jedes Delict nur gegen den Thäter wirkt, nicht gegen den, deſſen Stelle er vertritt. Daher ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten die Regel aufgeſtellt wurde, daß dem Mündel der dolus ſeines Vormundes nicht ſchade[421]); daher die Pönalklage auch gegen den Vormund geht, wenn er in einem Prozeſſe gegen ſeinen Mündel einem höheren Magiſtrate ungehorſam iſt[422]); daher endlich der Vormund auch haftet, wenn er mit Abſicht oder durch eigenes Verſchulden eine Obligation unerfüllbar macht[423]). Eine Ausnahme von dieſer allgemeinen Regel iſt es, wenn die claſſiſchen Juriſten, inſoweit der Mündel aus dem dolus ſeines Vormundes bereichert iſt, auch gegen ihn ſelbſt die Klage geſtatten[424]), wobei natürlich der Kläger den Beweis der Bereicherung zu führen hat, und wenn die bonae fidei actiones und die actio de dolo malo gegen den Pflegling aus dem dolus des Vormundes auf Herausgabe des gemachten Gewinnes geſtattet werden[425]). Eine zweite Modification der erörterten Regel iſt es, wenn ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten der Satz geltend gemacht wurde, daß der Mündel, auch ohne bereichert zu ſein, aus dem dolus und der culpa ſeines Vormundes condemnirt werden könne, ſofern er nur die ſichere Ausſicht habe, das, was er auf dieſe Weiſe um ſeines Vormundes Willen bezahlen muß, von dieſem wieder zu bekommen. Am deutlichſten hat Pomponius dieſe Anſicht für den Fall geltend gemacht, wenn der Pflegling eine Erbſchaft beſitzt, der Vormund aber, welcher ſie in deſſen Namen verwaltet, verſchuldeter Maßen Sachen daraus verloren hat und ſpäter Jemand gegen den Pflegling mit der hereditatis petitio klagt[426]). Ulpian hat indeß dieſes Haften des Mündels für den Vormund dahin beſchränkt, daß er ſeine Klage gegen den Vormund an den Kläger abzutreten habe[427]).

Von der Verwaltung des Vermögens durch den Vormund iſt die vormundſchaftliche Prozeßführung zu trennen, welche nicht allein auf das Vermögen, ſondern auch auf die perſönlichen und öffentlichen Rechte des Pflegebefohlenen ſich bezieht. Die allgemeinen Grundſätze, welche die römiſchen Rechtsquellen in dieſer Beziehung aufſtellen, laſſen ſich auf folgende Punkte zurückführen: daß das Recht, Mündelklagen anzuſtellen, nur

---

421) L. 3. D. 26. 9. L. 11. §. 6. D. quod vi aut. clam. (43. 24.) L. 198. D. de R. I. (50. 17.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 341—344.

422) L. 1. §. 2. D. si quis ius dicenti non obtemp. (2. 3.)

423) L. 4. D. de tab. exhib. (43. 5.)

424) L. 51. pr. D. de heredit. pet. (5. 3.) L. 3. D. 26. 9. L. 3. §. 1. D. de tribut. act. (14. 4.), vergl. mit L. 4. §. 23. D. de doli mali et metus except. (44. 4.) Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 343.

425) L. 15. pr. D. de dolo malo. (4. 2.) L. 13. §. 7. D. de actionibus empti venditi (19. 1.) L. 3. D. 26. 9.

426) L. 61. D. 26. 7. L. 1. D. 26. 9., vergl. mit L. 4. D. ibid. Siehe Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 344—347.

427) L. 1. §. 6. D. ne vis fiat. (43. 4.) L. 21. §. 1. D. de peculio. (15. 1.) L. 3. §. 1. D. de tribut. act. (14. 4.)

dem wirklichen Vormunde zuſteht[428]), daß ferner von den wirklichen Vormündern nur diejenigen, welche volles Adminiſtrationsrecht haben[429]) und außerdem der Concurscurator[430]), und zwar die generellen Vormünder in Rückſicht aller Prozeſſe, die ſpeciellen Litiscuratoren in Betreff des einzelnen Rechtsſtreites, für welchen ſie conſtituirt ſind, dieß Recht auszuüben befugt ſind, und daß endlich, wenn mehrere generelle Vormünder beſtellt ſind, nur dem, welchem die Adminiſtration decernirt iſt, das Recht zu klagen geſtattet werden ſolle[431]), und wenn mehrere gerentes beſtimmt ſind, einem Jeden von ihnen in solidum, gleichwie die Defenſion ihnen in solidum zuſteht[432]). Doch wird es dem Vormunde zur Pflicht gemacht, ſich in keinen chicanöſen Prozeß einzulaſſen, aber umgekehrt, wo das Intereſſe des Mündels gefährdet iſt, deſſen Rechte auf dem Wege der Klage geltend zu machen, und wenn er von Anderen in Anſpruch genommen wird, denſelben in gehöriger Weiſe zu defendiren[433]), was er auch gleich bei ſeiner Beſtellung nach Juſtinian's Vorſchrift beſonders verſprechen muß[434]). Dieſe Defenſion umfaßt die Verpflichtung, in Betreff des Prozeſſes alle Handlungen vorzunehmen, welche der dominus ſelbſt als zahlungsfähiger, verſtändiger Hausvater vorgenommen haben würde[435]); mithin muß er Zahlung leiſten, wenn der Pflegling keine gerechte Sache hat, umgekehrt aber ſich aufs Judicium einlaſſen, wenn die Klage unbegründet, oder wenigſtens ſo zweifelhaft iſt, daß der Mündel einen gerechten Grund zum Prozeßführen hat, oder dieß durch den Mündel ſelbſt unter ſeiner Auctorität bewirken laſſen[436]), das übernommene Judicium bis zu Ende durchführen[437]), und wo der Prätor dem Kläger zwiſchen dem Eide und Judicium die Wahl läßt, ſobald der Letztere die Eidesdelation vorzieht, den Eid für den Mündel ausſchwören[438]). Aber außer dieſer Defenſion, welche auch der Dominus ſelbſt würde leiſten müſſen, mußte früher der Vormund als Defenſor in einem fremden Prozeſſe auch noch in eigener Perſon und durch Satisdation cautio iudicatum solvi,

---

428) L. 31. §. 6. D. 3. 5. L. 2. C. de eo, qui pro tut. (5. 45.) L. 20. C. de negot. gestis. (2. 19.)

429) L. 3. §. 6. D. iudicatum solvi. (46. 7.)

430) L. 9. D. ratam rem haberi. (46. 8.) L. 2. §. 1. D. de curatore bonis dando. (42. 7.)

431) L. 3. §. 5. D. 46. 7.

432) L. 3. D. 42. 7. L. 24. §. 1. D. 26. 7., vergl. mit L. 1. C. si ex pluribus tutoribus. (5. 40.)

433) L. 30. D. 26. 7.

434) L. 28. §. 4. C. de administrat. (5. 37.)

435) L. 10. D. 26. 7., vergl. mit L. 63. D. de iudiciis. (5. 1.) In den Hauptſtücken ähnelt der hier vorkommende Begriff der Defenſion demjenigen, welcher in Anwendung auf den Stellvertreter des verklagten Dominus aufgeſtellt wird. L. 35. §. 3. L. 39. pr. D. de procur. (3. 3.) L. 46. §. 2. L. 51. §. 1. D. ibid. L. 5. §. 3. D. 46. 7. L. 21. §. 3. u. L. 22. D. ex quibus causis maiores (4. 6.) L. 2. u. 5. D. ibid.

436) L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 7.

437) L. 55. pr. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 12. C. qui dare tutores vel curatores. (5. 34.) L. 28. §. 3. C. 5. 37.

438) L. 21. §. 2 u. 5. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.)

rem recte defendi, dolum malum abesse abfuturumque esse caviren[439]), was jedoch Juſtinian in die Verpflichtung umgewandelt hat, blos den Prozeß zu inſtruiren, ohne daß er fernerhin nöthig hat, für den Ausgang deſſelben mit ſeinem eigenen Vermögen Caution zu ſtellen[440]). Wird aber der Pflegling nicht in der angegebenen Weiſe defendirt, ſo läßt der Prätor ſeinem Edicte nach zunächſt die Vormünder vorladen und zur Defenſion auffordern, und dann die nächſten Cognaten, Affinen und Freigelaſſenen des Mündels fragen, ob ſie zur Defenſion bereit ſind, und erſt, wenn dieſe die Defenſion ablehnen, gilt der Pflegling für indefensus[441]); ja im neueren Rechte ſoll nach einer ſpeciellen Vorſchrift Juſtinian's der ordentliche Vormund, wenn er die Defenſion verweigert, von den Cognaten, Affinen und Creditoren des Pfleglings removirt und durch einen anderen erſetzt werden[442]). Auch ſoll dem Beklagten, welcher etwa während des Prozeſſes wahnſinnig wird, auf Andringen derſelben Perſonen ſogleich ein Curator beſtellt werden, welcher die Defenſion übernimmt, und den Prozeß zu Ende führt. — Aber auch während der Dauer des Prozeſſes muß der Vormund den Prozeßgeſetzen gemäß und mit der Vorſicht, die er in eigenen Prozeſſen anwenden würde, die einzelnen Prozeßacte betreiben und beendigen, namentlich die Zuvielforderung vermeiden, auf die Vorladungen vor Gericht erſcheinen, die Friſten des Prozeſſes gehörig in Obacht nehmen, dem Gegner im Prozeſſe die gehörigen Cautionen leiſten, Eide nur in Ermangelung anderer Beweismittel deferiren[444]), Appellationen gegen ungerechte Urtheile binnen der gehörigen Zeitfriſt einlegen, und wenn der Prozeß zu Gunſten des Pupillen entſchieden iſt, die Execution betreiben. Wird der Pflegling während der Dauer des Prozeſſes mündig, ſo iſt zwar die Fortſetzung des Prozeſſes eigentlich ſeine Sache[445]), doch ſind die Vormünder verpflichtet denſelben fortzuſetzen oder wenigſtens durch ihren Rath dabei zu aſſiſtiren. Zur Fortſetzung deſſelben können ſie ſogar extra ordinem gezwungen werden, ſo lange die Schlußrechnung noch nicht abgelegt, und die vormundſchaftlichen Papiere noch nicht ausgehändigt ſind[446]). — Die Wirkung der vormundſchaftlichen Prozeßführung war zur Zeit der claſſiſchen Juriſten, wo durch die Einſetzung des Vormundes in die formula das Judicium auf ihn übertragen wurde[447]), die, daß die Folgen des vom Vormund geführten Mündelprozeſſes

---

439) Caius inst. IV. §. 101. L. 28. pr. D. 26. 7., vergl. mit L. 8. §. 3. D. 3. 3.

440) L. 28. §. 3. C. 5. 37.

441) L. 5. pr. u. §. 1. D. quibus ex causis. (42. 4.)

442) L. 28. §. 1 u. 2. C. 5. 37.

444) L. 35. pr. D. de iureiur. (12. 2.)

445) L. 24. §. 1. D. de appell. (49. 1.) L. 28. §. 2. D. ibid. L. 2. D. an per alium. (49. 9.) L. 1. §. 1. D. si pendente appellatione. (49. 13.) L. 10. C. de appellationibus. (7. 62.)

446) L. 1. §. 1. D. 49. 13. L. 5. §. 6. D. 26. 7. L. un. C. ut causae post pubertatem adsit tutor. (5. 48.)

447) Caius inst. IV. §. 86 u. 87.

auch dieſen allein trafen[448]), doch half der Prätor in Betreff der exceptio rei iudicatae hier dadurch nach, daß er dem Mündel eine Exception aus dem Siege des Vormundes geſtattete[449]), und dem Vormunde die Leiſtung der cautio de rato auferlegte. Und auch dieſe war ſpäter nicht mehr nöthig, als man bei fortſchreitenden Grundſätzen über Repräſentation im Prozeſſe ganz unbedenklich annahm, der Vormund deducire ins Judicium, d. h. er conſumire ſeines Mündels Klage durch Litisconteſtation und Urtheil dergeſtalt, daß, wenn dieſer noch einmal klagen wolle, die Klage ihm denegirt werde[450]). In Betreff der actio iudicati, welche aus der Prozeßführung des Vormundes eigentlich nur dieſem und gegen dieſen gegeben wurde, half man dadurch, daß man aus dem Prozeſſe, welchen der Vormund gewonnen hat, dem Pflegling die actio utilis aus dem günſtigen Urtheile gab, und dem Vormund die directa denegirte[451]), und umgekehrt aus dem Prozeſſe, in welchem der Vormund verurtheilt worden war, die actio iudicati directa gegen dieſen denegirte und die utilis gegen den Pflegling geſtattete, was natürlich die Folge hatte, daß die Execution in das Vermögen des Pfleglings, nicht in das des Vormundes vollſtreckt wurde[452]). Hatte freilich der Vormund ohne Noth den Prozeß ſelbſt übernommen, während er ſeinen Mündel prozeſſiren laſſen konnte, ſo wurde er urſprünglich als Einer behandelt, qui liti se obtulit[453]), und erſt nach geendigter Vormundſchaft wurde die actio iudicati und die Execution gegen den Vormund denegirt und auf den Pflegling und deſſen Vermögen übertragen[454]), allein ſpäterhin nahm man allgemein an, der Vormund offerire ſich nie mehr, wenn er es vorzieht, den Prozeß ſelbſt zu führen, und deßhalb haben viele Reſcripte den Satz ausgeſprochen, daß auch ſchon während der Vormundſchaft die iudicati actio und pignoris capio aus der vormundſchaftlichen Prozeßführung nur gegen den Pflegling zu geſtatten ſei[455]). Auch die ex stipulatu actio aus einem deſerten Vadimonium geſtattete man nach der Beendigung der Amtsführung nicht mehr gegen den Vormund[456]); eben ſo wenig konnte der Vormund, welcher iudicatum solvi cavirt hat, nach dem angegebenen Zeitpunkte zur Uebernahme des Judicium gezwungen werden[457]); endlich

448) Caius inst. IV. §. 98 u. 99.

449) L. 11. §. 7. D. de except. rei iud. (42. 1.)

450) L. 22. D. 26. 7. L. 23. D. ibid. L. 11. §. 7. D. 42. 1. L. 17. §. 2. D. 12. 2. L. 13. C. 5. 37.

451) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 6. D. 26. 9.

452) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 7. D. 26. 9.

453) Vergl. L. 4. pr. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 61. pr. D. de procuratoribus (3. 3.) mit L. 27. pr. 28. 29. 31. pr. D. 3. 3. u. Fr. Vat. §. 317. 333.

454) L. 2. pr. D. 26. 7., vergl. mit L. 1. C. 5. 39. L. 15. D. si quis cautionibus. (2. 11.) L. 5. D. 26. 9.

455) L. 2. pr. D. 26. 7. L. 4. §. 1. D. 42. 1.

456) L. 15. D. 2. 11.

457) L. 28. pr. D. 26. 7.

wurden auch alle Klagen aus den prätoriſchen Stipulationen, welche die Stelle der Judicia vertreten, von der Mündigkeit des Mündels an als utiles actiones auf dieſen transferirt [458].

Was die Klagen anbetrifft, welche aus der Curation entſtehen, ſo ſind ſie theils zum Vortheil des Mündels, theils zu dem des Curator eingeführt. Zum Vortheil des Pflegebefohlenen ſind folgende Klagen eingeführt: 1) Die actio negotiorum gestorum directa. Dieſe Klage iſt die eigentliche, aus dem Quaſicontracte der Geſchäftsführung (negotiorum gestio) ſtammende Generalklage [459], und wenn ſie in mehreren Stellen des Juſtinianiſchen Codex als utilis actio [460] bezeichnet wird, ſo iſt damit gewiß nicht gemeint, daß ſie durch eine Fiction in der Klagformel ſich der actio tutelae oder negotiorum gestorum anſchließe, ſondern es ſoll damit nur ſo viel geſagt werden, daß die directa actio negotiorum gestorum ihrer materiellen Natur nach im concreten Falle nach der Analogie der actio tutelae directa beurtheilt werden müſſe [461]. Zwar wird die Klage gegen den Curator einmal geradezu tutelae iudicium genannt [462], allein in einem Zuſammenhange, wo von einem curator impuberis die Rede iſt, und daß es da mißbräuchlich geſchehen ſei, ergeben die Baſilikenſcholien [463], welche bezeugen, daß im vorliegenden Falle nur aus dieſer Rückſicht vom gewöhnlichen Sprachgebrauche abgewichen worden ſei. Dieſe Klage ſteht dem Mündel und deſſen Erben gegen den Curator und deſſen Erben zu [464], um ſie zu zwingen, Rechnung über die geführte Vormundſchaft abzulegen, das noch übrige Vermögen des Mündels herauszugeben und den Schaden zu erſetzen, welchen der Curator durch die ſchlechtgeführte Verwaltung dem Mündel zugefügt hat. In dieſer Rückſicht präſtirt der Curator nach der richtigeren Meinung im Allgemeinen nur diligentia, quam quis suis rebus adhibere solet, d. h. er kann ſich vom Schadenerſatze befreien, wenn er beweiſt, daß ungeachtet im Allgemeinen eine culpa levis vorliegt, er doch ſein Möglichſtes gethan habe, da er ſein Vermögen in dieſem Falle nicht beſſer behandelt habe [465], und außerdem haftet er unbedingt für jeden durch dolus oder culpa lata dem Mündel zugefügten Schaden [466]. Bei ausgeliehenen Capitalien, welche durch die Schuld des Vormundes ſchlechter werden, ge-

---

458) L. 8. D. 26. 9. L. 18. §. 2. D. ut legatorum seu fid. — caveatur. (36. 2.)

459) L. 4. §. 3. D. 27. 3. L. 13. D. ibid. L. 1. C. quod cum eo, qui in aliena. (4. 26.) L. 7. C. arbitrium tutelae. (5. 51.)

460) L. 17. C. de neg. gest. (2. 19.) L. 7. C. 5. 51.

461) So Zimmern, Geſchichte des römiſchen Privatrechtes, Th. 1, S. 938. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 7.

462) L. 3. C. 5. 51.

463) Basil. ed. Fabr. tom. V. p. 38.

464) L. 17. C. de negot. gestis. (2. 19.)

465) L. 33. pr. D. 26. 7. L. 1. pr. D. 27. 3. Nov. 72. c. 8. Darnach iſt L. 7. C. 5. 51. zu beſchränken. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 71—74.

466) L. 20. §. 1. D. de liberat. legata. (34. 3.) L. 23. C. 5. 37. L. 7. C. 5. 51.

nießt derſelbe die Begünſtigung, daß, falls er den Mündel entſchädigen muß, ihm das Capital anheim fällt[467]), und daß er den Pflegling zwingen kann, entweder alle von ihm, dem Vormund, ausgethanen Capitalien als ſicher anzuerkennen oder alle ſie ihm zu überlaſſen[468]), wodurch natürlich der Mündel das Recht verliert, aus der Zahl der Capitalien die ſichern ſich auszuleſen und die unſichern zurückzuweiſen. Auf den Fall, wo der Curator das periculum cessationis beim Antritt der Vormundſchaft trägt, bezog ſich die Klage anfänglich gar nicht, da ſie immer eine wirkliche Verwaltung vorausſetzte[469]), doch half man hier mit der utilis negotiorum gestorum actio nach[470]), ſeitdem der an der Geſtion ſich verſäumende Vormund von den nächſten Verwandten des Mündels bei dem Conſul in Anklageſtand verſetzt, und gegen ihn ein Präjudicialdecret ausgewirkt werden konnte, des Inhaltes, daß er auf eigene Gefahr zögere[471]). Neben der Hauptſache hat der Richter bei der Condemnation des Curators auch die Früchte, welche der Curator aus den Mündelſachen gezogen hat oder wenigſtens bona fide daraus hätte ziehen können[472]), ingleichen alle verſprochenen und gezahlten Zinſen von Mündelcapitalien und die von den bei dem Curator über die Gebühr müßig liegenden Mündelgeldern, endlich auch die Zinſen von allen Mündelgeldern von dem Eintritt der Mora an[473]) bis zur wirklichen Ausantwortung des Vermögens an den Pflegebefohlenen in Anſchlag zu bringen und in die Condemnationsſumme einzurechnen. Dieſe Leiſtungen des Beklagten können aber auch dadurch erſchwert werden, daß ihre Beſtimmung in gewiſſen Fällen nicht von dem Ermeſſen des Judex, ſondern vom iusiurandum in litem des Klägers abhängig gemacht wird, was indeß nur unter der Vorausſetzung ſtattfinden kann, daß der Vormund entweder die vormundſchaftlichen Urkunden, deren Exhibition ihm vom Judex anbefohlen iſt, nicht exhibiren oder die Sachen des Pfleglings, welche er wirklich beſitzt, nicht reſtituiren will[474]), und daß derſelbe im dolus, oder was dem gleich ſteht, in culpa lata ſich befinde und contumax geworden ſei[475]). Dieſen Eid leiſtet nur der dominus litis, d. h. der Pflegling, wenn er

467) L. 47. §. 5. D. 26. 7. L. 16. D. ibid. L. 11. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)

468) L. 16. D. 26. 7. L. 11. §. 1. D. 22. 1. L. 7. §. 6. D. 26. 7.

469) Vergl. Caius inst. I. 190. 191. mit L. 4. §. 7. D. rem pupilli salvam. (46. 6.)

470) L. 4. §. 3. D. 46. 6. L. 39. §. 11. D. 26. 7. L. 37. §. 1. D. 27. 1.

471) Fr. Vat. §. 156. L. 1. §. 1. D. 26. 7.

472) L. 32. §. 2 u. 3. D. 26. 7. L. 10. D. 46. 6.

473) Eigentlich laufen die Zinſen des Verzuges, welcher hier auch ohne Mahnung eintritt, nur bis zum Anfang des Prozeſſes (L. 3. C. in quibus causis in integrum rest. [2. 41.]); von da bis zum Urtheil zahlt der Vormund Zinſen aus der Litisconteſtation und vom Endurtheile an usurae rei iudicatae (L. 7. §. 15. D. 26. 7. L. 46. §. 3. D. ibid. L. 1. §. 3. D. de usuris et fructibus. [22. 1.] L. 10. D. 46. 6.)

474) L. 5. u. 10. D. de in litem iurando. (12. 3.) L. 28. §. 1. D. de appellationibus (49. 1.), vergl. mit L. 3. D. 12. 3.

475) L. 1. D. 12. 3. L. 5. §. 3. D. ibid. L. 28. §. 1. D. 49. 1.

mit Zuſtimmung ſeines Vormundes das Judicium übernommen hat und nicht mehr Pupill iſt, der Tutor und Curator, wenn er im eigenen Namen die lis conteſtirt hat, jedoch nur dann, wenn er will, da er dazu nach einem Reſcripte von Sever und Caracalla nicht gezwungen werden kann[476]). Manche neuere Juriſten nehmen an, daß die vorliegende Klage ein infamirendes Judicium geweſen ſei; doch wohl ohne hinlänglichen Grund, da ſich dieſe Meinung auf kein Quellenzeugniß ſtützt, und die Analogie der tutelae actio directa hier nicht entſcheidend erſcheint. Eine Eigenthümlichkeit dieſer Klage iſt es, daß ſie auch während der Dauer der Vormundſchaft gegen den verwaltenden Vormund angeſtellt werden kann[477]), während die aus der Tutel ſtammende Hauptklage, die actio tutelae directa nur nach der Beendigung der Vormundſchaft eintritt[478]). Nur bei der cura minorum iſt durch ſpätere kaiſerliche Conſtitutionen feſtgeſetzt worden, daß auch hier die aus der Verwaltung der Vormundſchaft ſtammende Klage nach der Beendigung der Vormundſchaft angeſtellt werden könne[479]). 2) Die actio distrahendis rationibus[480]). So heißt eine Klage auf den doppelten Werth der Sachen oder Gelder, welche der adminiſtrirende Vormund unterſchlagen hat[481]), und die Worte: rationibus distrahendis, welche den Zweck der Klage anzeigen, können nur auf die Auseinanderſetzung des Pfleglings und Tutors wegen ihres Eigenthums und ihrer Forderungen bezogen werden, wenn ſchon Andere aus ihnen eine Klage wegen verfälſchter Rechnungen oder auf Reſciſſion abſichtlich falſch abgelegter Rechnungen gemacht haben. Sie entſteht zunächſt aus dem Quaſicontracte der Geſchäftsführung, und findet demnach gegen Vormünder, welche mit der Geſtion der Vormundſchaft nichts zu thun hatten, gar nicht ſtatt[482]), ſetzt ein ſpecielles Delict, nämlich das der Veruntreuung, voraus[483]), vertritt die Stelle der actio furti[484]), iſt eine actio perpetua[485]), und kann als Pönalklage nicht paſſiv auf die Erben übergehen[486]). Von mehreren Theilnehmern am Verbrechen haftet Jeder in solidum[487]), und keiner kann vom be-

---

476) L. 4. pr. D. 12. 3. L. 1. C. de in litem iurando. (5. 53.)

477) L. 4. §. 3. D. 27. 3. L. 1. §. 3. D. de contraria tutelae et utili actione. (27. 4.)

478) L. 4. pr. u. §. 3. D. 27. 3. L. 9. pr. u. §. 4. D. ibid.

479) L. 2. u. 14. C. 5. 37.

480) Manche neuere Juriſten nennen dieſe Klage actio de distrahendis rationibus, ein Ausdruck, welcher in den römiſchen Rechtsquellen gar nicht vorkommt. Auch in L. 1. §. 21. D. 27. 3. und L. 2. D. ibid. leſen die beſten Handſchriften und die Basil. tom. V. p. 64 u. 90, nur distrahendis rationibus, nicht de distrah.

481) L. 1. §. 19 – 24. D. de tutelae et rationibus distrahendis. (27. 3.) L. 2. pr. u. §. 2. D. ibid.

482) L. 1. §. 19. D. 27. 3. L. 2. pr. D. ibid. Vergl. L. 55. §. 1. D. 26. 7.

483) L. 1. §. 23. D. 27. 3.

484) L. 1. §. 22. D. 27. 3.

485) L. 1. §. 23. D. 27. 3.

486) L. 1. §. 23. D. 27. 3.

487) L. 55. §. 1. D. 26. 7. L. 1. §. 21. D. 27. 3.

neficium divisionis Gebrauch machen; doch haftet ein Jeder nur ſo, daß wenn einer die Litisäſtimation bezahlt hat, alle anderen Theilnehmer liberirt werden, mithin nicht noch von den übrigen Schadenerſatz gefordert werden kann, wie dieß neben der actio furti mit der condictio furtiva möglich iſt. Das duplum, welches den Gegenſtand der Klage ausmacht, richtet ſich nach der Aeſtimation des unterſchlagenen Gegenſtandes, wo die eine Hälfte Schadenerſatz, die andere hingegen Strafe iſt [488]). Zunächſt ging die Klage nur gegen die Tutores, welche bei der Verwaltung der Vormundſchaft eine Treuloſigkeit ſich Schulden kommen ließen [489]), doch iſt ſie ſchon zeitig auch auf den Curator eines Minderjährigen [490]), und durch ein Reſcript der Divi fratres auch auf den curator reipublicae ausgedehnt worden [491]). Mit der urſprünglichen Beziehung auf den Tutor hängt es zuſammen, wenn noch im Juſtinianiſchen Rechte der Satz ſtehen geblieben iſt, daß die vorliegende Klage gegen den Vormund nicht vor Beendigung der Vormundſchaft angeſtellt werden könne [492]). Die Klage ſtammt aus den 12 Tafeln, welche eine ſo auffallende Treuloſigkeit des Vormundes härter als gewöhnlich ſtrafen zu müſſen glaubten, wenn auch der Pflegling den ſchweren, oft unmöglichen Beweis des Thatbeſtandes der Diebesklagen zu erbringen nicht im Stande iſt [493]). Daß ſie indeß in der älteſten Zeit nur auf den Fall des Diebſtahls beſchränkt geweſen ſei, wird von manchen neueren Rechtsgelehrten, aber ohne Beweis behauptet [494]). — Eine beſondere Vorſchrift findet ſich im römiſchen Rechte über die Beweismittel, welche ſowohl der Kläger zur Begründung ſeiner Forderungen, als auch der Beklagte zu ſeiner Rechtfertigung benutzen darf. Im älteren Rechte war es nämlich beſtritten, welche Beweiskraft die Geſtändniſſe des Vormundes über die Größe des Vermögens haben. Juſtinian hat dieſe Controverſe dahin entſchieden, daß die mündlichen Ausſagen des Vormundes gar nichts beweiſen, die Angaben im Inventar aber den vollſtändigſten Beweis gegen ihn begründen ſollen [495]).

Außer dieſen Klagen, welche zu Gunſten des Mündels aus der Geſchäftsführung des Curators gegen dieſen entſtehen, hat der Mündel noch andere Sicherungsmittel, welche auch dem Pupill wegen ſeiner Forderungen aus der Tutelarverwaltung zuſtehen. Zunächſt iſt hier das privilegium exigendi zu erwähnen, welches dem Pflegling das Recht gibt, vor allen übrigen perſönlichen Gläubigern Befriedigung zu verlangen, im Fall das Vermögen oder Peculium des Vormundes in Concurs geräth. Es

488) L. 1. §. 20. D. 27. 3. L. 2. §. 2. D. ibid.
489) L. 1. §. 19 u. 21. D. 27. 3. L. 55. §. 1. D. 26. 7.
490) Paulli sent. rec. II. 30. §. 1.
491) L. 9. §. 4. D. de adm. rer. ad civ. (50. 8.)
492) L. 1. §. 24. D. 27. 3.
493) L. 55. §. 1. D. 26. 7.
494) So Bynkershoek, obs. 17. 8. Zimmern, Geſchichte des römiſchen Privatrechtes, Bd. 1, S. 936. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 32, S. 207—211.
495) L. 13. C. 5. 51. Vergl. Merillii, exposit. in L. decis. Iust. ad. h. t.

iſt dieß ein privilegium personae und kommt deßhalb nur den Pupillen, Minderjährigen, Wahnſinnigen, Verſchwendern, Blödſinnigen und Preßhaften, nicht aber deren Erben, ferner nicht Abweſenden oder blos juriſtiſchen Perſonen oder Vermögensmaſſen zu ſtatten[496]). Auf das Vermögen des Magiſtrates, welcher den Vormund beſtellt hat, bezieht es ſich nicht[497]), und ſelbſt am Vermögen des Curators ſteht es nur ſubſidiariſch zu, nämlich dann, wenn dieſer keine Bürgſchaft geleiſtet hat[498]). — Außerdem kommt den meiſten Pflegbefohlenen noch ein ſtillſchweigendes Pfandrecht am ganzen Vermögen ihres Curators wegen aller Anſprüche aus der Curation zu. Zuerſt iſt davon in einer Conſtitution von Conſtantin die Rede, nach welcher es den Pupillen und Minderjährigen am Vermögen ihrer Tutoren und Curatoren zuſtehen ſoll, gleichviel ob ſie die Vormundſchaft verwaltet haben oder nicht[499]), und Juſtinian hat es auch dem Wahnſinnigen am Vermögen ſeines Curators gegeben[500]). Ueber die Frage, wenn dieſes Pfandrecht anfange, herrſcht unter den neueren Rechtsgelehrten viel Streit, da einige daſſelbe gleich von der Uebernahme der Vormundſchaft an datiren, Andere es erſt mit dem einzelnen Adminiſtrationsacte beginnen laſſen, aus welchem die Obligation entſteht. Jedenfalls iſt die zuletzt genannte Meinung der anderen vorzuziehen, da das römiſche Recht von der Anſicht ausgeht, daß der Quaſicontract des Vormundes nicht in der Uebernahme des Amtes im Ganzen, ſondern in jedem Adminiſtrationsacte insbeſondere enthalten iſt, wenn ſchon alle dieſe einzelnen Obligationen am Ende der Amtsführung in einer einzigen gemeinſchaftlichen Klage zuſammengefaßt werden. Wenigſtens war dieß die Anſicht des Sabinus und Caſſius, und im Juſtinianiſchen Rechte iſt ſie die herrſchende geworden[501]). — Auch ſind hier noch die Klagen zu erwähnen, welche aus der vom Vormund geleiſteten cautio rem pupilli vel adolescentis salvam fore gegen dieſen, deſſen Erben und die zur Sicherung des Verſprechens geſtellten Bürgen entſtehen, und im Juſtinianiſchen Rechte ſämmtlich actiones ex stipulatu ſind. Der Inhalt dieſer Klagen geht genau ſo weit, als die actio negotiorum gestorum directa[502]), nur mit dem Unterſchiede, daß ſie dann wegfallen, wenn der Anſpruch des Mündels an den Vormund nicht aus der Adminiſtration des Vormundes, ſondern aus deſſen Ceſſation herrührt[503]). Bürgen haften nach den allgemeinen Grundſätzen über Bürgſchaft in solidum, genießen indeß dabei die gewöhnlichen der Bürgſchaft eigenthümlichen

---

496) L. 15. §. 1. D. 27. 10. L. 25. D. 27. 3. L. 19. §. 1—21. pr. u. §. 1. D. de rebus auctoritate iudicis possid. (42. 5.) Vgl. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes, S. 336.

497) L. 1. §. 14. D. de magistrat. conv. (27. 8.)

498) L. 25. D. 27. 3.

499) L. 1. Th. C. de adm. (L. 20. Iust. C. 5. 37.), vergl. mit L. 10. C. 5. 51. Nov. 118. c. 5.

500) L. 7. §. 5. C. de curatore furiosi vel prodigi. (5. 70.)

501) L. 37. pr. D. 26. 7. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 5.

502) L. 9. D. 46. 6.

503) L. 4. §. 3 u. 7. D. 46. 6.

Rechtswohlthaten, mit Ausnahme der der Theilung (beneficium dividendae actionis), welche den Bürgen, wenn ſie allein vom Mündel belangt werden, in eigener Perſon nicht zu ſtatten kommt [504]). Die Erben des Vormundes und der Bürgen haften nicht in solidum, ſondern nur nach dem Verhältniſſe ihres Erbantheiles [505]). Was die Zeit der Anſtellung der Klage anbetrifft, ſo wird die Stipulation in Betreff der Curatoren durch jedes Verſehen derſelben committirt, und es kann daher die Klage auch ſchon während der Dauer der Vormundſchaft angeſtellt werden [506]). Nach Analogie der Bürgen haften auch andere bei der Vormundſchaftsbeſtellung vorkommende Perſonen, von welchen man annimmt, daß ſie ſtillſchweigend für den Vormund gut ſagen. Es ſind folgende: die, welche ohne die Stipulationsformel ſelbſt auszuſprechen, in ihrer Gegenwart und ohne zu widerſprechen, ihre Namen in das über die ganze Vormundſchaftsbeſtellung aufgenommene gerichtliche Protokoll haben einzeichnen laſſen [507]), ferner die Affirmatoren, d. h. die, welche die Tüchtigkeit und Identität des Vormundes bezeugen und verſichern [508]), auch die Erbitter von Vormündern, mögen ſie in eigener Perſon oder durch Bevollmächtigte gehandelt haben [509]), endlich die Nominatoren, d. h. alle, welche zur Uebernahme der Curation Candidaten präſentiren [510]), von denen es allgemeine Regel iſt, daß ſie das periculum nominatorum tragen, oder mit anderen Worten, als Bürgen nach vorgängiger Excuſſion des Angeſtellten ſelbſt, für deſſen Amtsführung haften. Vom Standpunkte des älteren Rechtes aus muß man unter dieſen Nominatoren jedenfalls die nominatores potioris verſtehen, die dem Princip des Inſtitutes gemäß unbedenklich für den Nominirten einſtehen müſſen, aber vom Standpunkte des Juſtinianiſchen Rechtes aus, in welchem die potiorum nominatio außer Gebrauch gekommen iſt, können darunter nur noch die Erbitter von Curatoren verſtanden werden, welche dem Magiſtrat eine Anzahl von Namen zur Auswahl des Vormundes vorlegen.

Neben dieſen Rechtsmitteln, welche zunächſt nur die Schadloshaltung des Mündels und eine Privatſtrafe des treuloſen Vormundes bezwecken, findet ſich im römiſchen Rechte auch eine eigene Klage auf Abſetzung des Vormundes, ohne Unterſchied, ob derſelbe ein Tutor oder Curator iſt. Es iſt dieß die accusatio suspecti, welche durch das Zwölftafelgeſetz eingeführt [511]) und, nachdem ſie aufgehört hatte legis actio zu ſein, auch in das prätoriſche Edict aufgenommen worden iſt [512]). Dieſer Klage ſind

---

504) L. 12. D. 46. 6. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 141—145.
505) L. 24. C. de fideiussoribus et mandatoribus. (8. 41.)
506) L. 4. §. 7. D. 46. 6., vergl. mit L. 1. D. ibid. L. 26. D. 26. 7.
507) L. 4. §. 3. D. de fideiussoribus et nominatoribus. (27. 7.)
508) L. 4. §. 3. D. 27. 7.
509) L. 2. D. 27. 7. L. 2. §. 5. D. qui petere. (26. 7.)
510) Tit. D. 27. 7. L. 2. D. ibid., vergl. mit L. 4. C. quo quisque ordine. (11. 35.)
511) L. 1. §. 2. D. de suspectis tutoribus et curatoribus. (26. 10.) Vgl. Cic. de off. III. 15.
512) L. 1. §. 2. D. 26. 10.

Curatoren jeder Art unterworfen [513]), ſofern nur ihre Adminiſtration zur Zeit der Anſtellung der Klage noch fortdauert [514]), wenn ſchon die bloße factiſche Adminiſtration nicht weiter berückſichtigt wird, da auch cessantes und contumaces mit der Klage belangt werden können. Manche neuere Juriſten machen indeß einen Unterſchied zwiſchen suspecti accusatio und quasi suspecti; jene laſſen ſie bei den gerirenden Vormündern eintreten, dieſe bei den nicht gerirenden. Doch erſcheinen die für dieſe Unterſcheidung angeführten Stellen der römiſch-Juſtinianiſchen Rechtsquellen nicht beweiſend [515]). Fragt man, wem das Recht zuſtehe, die Klage zu erheben, ſo läßt ſich nicht bezweifeln, daß hier der Mündel ſelbſt zuerſt genannt werden müſſe, ſofern er nur überhaupt handlungsfähig iſt, die Mündigkeit erreicht hat, und dieß unter Beiziehung der nächſten Cognaten vornimmt [516]). Iſt der Mündel ſelbſt unfähig, ſo tritt der Grundſatz ein, quasi publicam hanc esse actionem [517]), d. h. alle haben das Recht, die Klage anzuſtellen, und der Kläger erſcheint dann als Vertreter des Intereſſes des Pfleglings. Pupillen und Frauen ſind in der Regel ausgeſchloſſen, doch werden die letzteren dann zugelaſſen, wenn ſie ihrer Verwandtſchaft, Schwägerſchaft oder ihrer Liebe zum Mündel halber dabei intereſſirt ſind, ein Intereſſe, deſſen Beurtheilung zunächſt dem richterlichen Ermeſſen anheim fällt [518]). Ferner wurden Freigelaſſene nicht leicht gegen ihren Patron zugelaſſen [519]). Auch kann die Obrigkeit ohne förmliche Anklage, ſchon auf die Denunciation eines Sclaven hin den Vormund wegen offenbarem dolus removiren [520]). Einige unter den Berechtigten ſind ſogar verpflichtet, von dem Anklagerechte Gebrauch zu machen, namentlich die, welche in einem beſtimmten officium zum Mündel ſtehen, z. B. Tutoren und Curatoren, bei Strafe des Schadenerſatzes, welcher durch die Unterlaſſung der Klage dem Mündel erwächſt [521]), die Freigelaſſenen bei Strafe des verletzten obsequium [522]); endlich die nächſten Verwandten und Verſchwägerten machen ſich durch die Unterlaſſung

---

513) L. 1. §. 1. D. 26. 10. L. 3. pr. §. 2 u. 3. D. ibid.

514) L. 1. C. de susp. tut. et cur. (5. 43.) Daher findet die Klage gegen die Erben des Curator nicht ſtatt, und erliſcht, ſobald der Beklagte während des Prozeſſes ſtirbt. Vgl. §. 8. J. de suspectis tutoribus. (1. 26.) L. 11. D. 26. 10.

515) §. 5. J. 1. 26. L. 4. §. 4. D. 26. 10. In der erſtgenannten Stelle iſt quasi ſo viel als ὡς, tanquam. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 186.

516) L. 6. C. 5. 43. L. 7. pr. D. 26. 10. §. 4. J. 1. 26.

517) L. 1. §. 6. D. 26. 10. §. 3. J. 1. 26. Quasi publicam iſt hier kein Kunſtwort, da Theophilus a. a. O. es durch δημοσία κατηγορία überſetzt

518) L. 1. §. 7. D. 26. 10.

519) L. 1. C. si tutor vel curator non gesserit. (5. 55.) L. 3. §. 1. D. 26. 10. §. 2. J. 1. 26.

520) L. 3. §. 4 u. 12. D. 26. 10. L. 12. D. ibid.

521) L. 3. §. 2. L. 7. §. 14. L. 9. §. 8. L. 14. L. 19. L. 39. §. 16. L. 41. D. 26. 7. L. 1. C. 5. 55. L. 2. C. de divid. tut. (5. 52.) L. 1. C. de periculo tutorum. (5. 38.) L. 8. C. 5. 44.

522) L. 3. §. 1. D. 26. 10.

der Anklage einer Impietät ſchuldig [523]). Stellvertreter ſind von Seiten des Klägers gar nicht, von Seiten des Beklagten nicht leicht zuläſſig [524]), außer wo ein Auftrag des Vormundes ſpeciell vorliegt, oder derſelbe auch ohne allen Vertreter in contumaciam hätte verurtheilt werden können. Soll die Anklage von Wirkſamkeit ſein, ſo muß die Verdächtigkeit des Vormundes im Laufe des Prozeſſes vom Kläger bewieſen werden. Als verdächtig gilt aber hier der Vormund, welcher ſein officium, ſeine fides und die dem Pflegling ſchuldige Sorgfalt hintenanſetzt, oder dieß thun zu wollen den Anſchein gibt [525]). Auf ſeine Vermögensumſtände kommt dabei nichts an [526]). Was den Grad der Verſchuldung anbelangt, welcher zur Remotion berechtigt, ſo ſprachen die 12 Tafeln wohl nur von der mit Abſicht begangenen widerrechtlichen Beſchädigung (dolus malus) [527]), in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern wird indeß in dieſer Beziehung auch die lata negligentia, culpa, ignavia u. ſ. w. berückſichtigt [528]) dergeſtalt, daß der Vormund nicht blos als quasi suspectus, wie manche neue Rechtsgelehrte wollen, ſondern als wirklich suspectus gilt [529]). Gewöhnlich werden nun dieſe Ausdrücke nur auf lata culpa bezogen, weil nur dieſe dem dolus nahe kommt [530]), allein, daß ſie ſich auch auf die gewöhnliche culpa beziehen, ergibt der Sprachgebrauch der römiſchen Juriſten, welche unter culpa allein gewöhnlich die verſtehen, welche nicht mit im dolus enthalten iſt. Handlungen, welche der Vormund entweder vor ſeiner Berufung zur Vormundſchaft [531]), oder während der Dauer einer früheren [532]) gegen ſeinen Mündel verübt hat, taugen nicht als Grund zur Anklage, außer wenn kein Mitvormund vorhanden iſt, welcher ihn deßhalb mit den gewöhnlichen Vormundſchaftsklagen belangen kann; denn dann iſt allerdings ein dringender Grund zur suspecti postulatio vorhanden, weil ſie dann das einzige Mittel iſt dem Mündel zu helfen [533]). Die Beurtheilung der einzelnen Remotionsgründe bleibt dem Richter überlaſſen [534]). Als Beiſpiele werden in den röm. Rechtsquellen folgende Handlungen des Vormundes genannt: Redemtion der Tutel durch Beſtechung der Unterbeamten des Prätors [535]), oder ſonſtiges Zu-

---

523) L. 6. C. 5. 48.
524) Vat. Fr. §. 340. L. 39. §. 7. D. de procuratoribus. (3. 3.)
525) §. 5. J. 1. 26. L. 19. D. 26. 7. L. 3. §. 17. D. 26. 10. L. 31. §. 2. D. 42. 5.
526) L. 8. D. 26. 10. L. 5. C. 5. 43. §. 13. J. 1. 26.
527) Vgl. Cic. de officiis III. 15.
528) L. 7. §. 1. D. 26. 10. L. 2. §. 41. D. ad SC. Tertull. (38. 10.) L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 21.
529) §. 6. J. 1. 21. L. 3. §. 17. D. 26. 10.
530) Vergl. Struben, rechtliche Bedenken, I. 85. Overbeck, Meditationen, 3. 165, 166.
531) L. 3. §. 5. D. 26. 10.
532) L. 3. §. 6—8. D. 26. 10. Vgl. L. 3. §. 11. D. ibid.
533) L. 3. §. 8. D. 26. 10.
534) L. 19. D. 26. 7. L. 3. §. 5 u. 12. D. 26. 10.
535) L. 3. §. 15. D. 26. 10. §. 10. J. 1. 26. §. 7. D. de officio P. U. (1. 12.)

drängen zu derſelben [536]), Ceſſation und Contumacia in der Verwaltung [537]), verweigerte Cautionsleiſtung [538]), unterlaſſene Inventur [539]), verweigerte Alimentation des Pfleglings [540]), Veräußerung der Pupillengüter ohne Decret [541]), verſäumte Depoſition des baaren Geldes, oder unterlaſſener Ankauf von Grundſtücken [542]), unvorſichtige Ausſchlagung einer vortheilhaften Erbſchaft [543]), verweigerte oder verzögerte Defenſion des Pfleglings [544]). Das Recht, über ſolche Remotionsgründe zu erkennen, ſteht den Obrigkeiten ſchon iure magistratus, oder Kraft der ihnen übertragenen Jurisdiction zu [545]). In den Hauptſtücken gehörte die Cognition urſprünglich vor die Prätoren [546]), und nach einer Conſtitution von Conſtantin hat im Fall der Appellation der praefectus urbi zu erkennen [547]); in den Provinzen waren die Proconſuln, Präſides und die Präfecten zur Cognition ermächtigt [548]). Dem legatus proconsulis und anderen Stellvertretern der Magiſtrate ſteht ſie nur dann zu, wenn ſie entweder ſpeciell oder durch ein generelles Mandat der Jurisdiction ihnen von den Magiſtraten übertragen worden [549]). In Teutſchland gehört die Unterſuchung an die ordentlichen Gerichte, welche ſogar unter Benachrichtigung der Vormundſchaftsbehörde von Amtswegen einſchreiten können. Das Verfahren im Prozeſſe war in der älteren Zeit die Form der legis actio, im ſpäteren Rechte die der extraordinaria cognitio [550]), in welcher von einer wahren formula und Litisconteſtation gar nicht die Rede war. Das Urtheil lautet nicht auf Geld, ſondern auf suspectum videri, removendum esse u. ſ. w., und hat das Aufhören der Vormundſchaft zur Folge, ſobald ein neuer Vormund an des abgeſetzten Stelle tritt [551]); ferner den Verluſt des ganzen Verwaltungsrechtes in Betreff der Vormundſchaftsangelegenheiten [552]), eine Folge, welche indeß ſchon ſeit

536) L. 18. §. 1. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.)
537) L. 7. §. 3. D. 26. 10. L. 5. C. 5. 43.
538) L. 1. u. 2. C. 5. 43.
539) L. 13. §. 1. C. arbitrium tut. (5. 51.) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 247.
540) L. 7. §. 3. D. 26. 10. L. 3. §. 15. D. ibid.
541) L. 3. §. 13. D. 26. 10.
542) L. 3. §. 16. D. 26. 10.
543) L. 3. §. 17. D. 26. 10.
544) L. 7. §. 10. D. 26. 10. L. 28. pr. C. 5. 37.
545) L. 1. §. 3 u. 4. D. 26. 10. L. 1. pr. u. L. 4. D. de officio eius, cui mand. est iurisd. (1. 21.)
546) L. 1. §. 3. D. 26. 10.
547) L. 17. C. de appell. et relat. (7. 62.)
548) L. 1. §. 3. D. 26. 10. L. 4. pr. D. 1. 21.
549) L. 1. §. 4. D. 26. 10. L. 4. D. 1. 21.
550) Vergl. Stephanus in den Scholien zum 8. Buche der Bas. in Meerm. thes. tom. V. p. 23, mit L. 6. D. 26. 10. (Callistratus lib. 4. de cognitionibus).
551) Caius inst. I. §. 182, vergl. mit L. 3. §. 8. D. de legitimis tutoribus. (26. 4.) L. 11. §. 1 u. 2. D. de test. tut. (26. 2.) Die Ernennung eines neuen Vormundes iſt demnach in L. 14. §. 4. D. de tutelis (26. 1.) hinzuzudenken.
552) L. 14. §. 2. D. de solut. (46. 3.)

dem Anfangspunkte der Unterſuchung proviſoriſch eintritt [553]), damit der Mündel nicht noch mehr in Schaden komme; die Infamie, wenn der widerrechtlichen Handlung des Vormundes erweislich ein dolus zu Grunde liegt [554]) (denn bloße culpa des Vormundes infamirt nicht [555])), wenn ſchon manche Rechtsgelehrte auch die culpa lata des Vormundes mit der Infamie beſtraft wiſſen wollen [556]), und endlich in einigen Fällen auch noch beſondere peinliche Strafen, welche in den Provinzen zwar der Präſes ſelbſt, der die Unterſuchung geführt hat, in Rom aber nur der praefectus urbi vollziehen darf [557]), dem deßhalb der Verbrecher nach geſchloſſener Unterſuchung abgeliefert wird [558]). Die gewöhnlichſten Fälle dieſer Art ſind, wenn der Vormund durch Geld oder Beſtechung die Vormundſchaft an ſich brachte [559]), oder während der Adminiſtration ſich arge Verſehen zu Schulden kommen ließ, z. B. kein Inventar errichtete, bei der Inventur das Vermögen abſichtlich geringer angab, oder das Geld nicht deponirte, austhat oder in Grundſtücken anlegte, oder zu Alimenten des Mündels nichts hergeben wollte, oder auch die Grundſtücke des Pfleglings unvortheilhaft veräußerte [560]). Die Strafe ſelbſt, welche in dieſen Fällen verfügt wird, richtet ſich gewöhnlich nach dem Stande des Vormundes, und beſteht, falls er Plebeier iſt, gewöhnlich in öffentlichem Gefängniſſe [561]), tritt indeß nur ſubſidiariſch ein, d. h. dann, wenn er nicht im Stande iſt den Schaden, welchen er angerichtet hat, zu erſetzen.

Zum Vortheil des Curators iſt die actio negotiorum gestorum contraria eingeführt, welche dem Curator alles wieder verſchafft, was er aus eigenem Vermögen auf die Verwaltung der Vormundſchaft ex fide bona aufgewendet hat. In der gemeinrechtlichen Praxis wendet man auf dieſe Klage alle Grundſätze an, welche von dem contrarium tutelae iudicium gelten [562]). Der Zweck der Klage iſt die Wiedererſtattung alles deſſen, was dem Vormunde wegen der Verwaltung der Vormundſchaft

---

553) L. 14. §. 1. D. 46. 3. §. 7. J. 1. 26. L. 7. C. 5. 43.

554) L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 26. L. 13. §. 1. C. 5. 51. Bei Patronen und anderen Perſonen, welchen man Ehrfurcht ſchuldig iſt, ließ man auch beim dolus derſelben nicht die Infamie eintreten, oder man ſchlug einen milderen Weg ein, indem man denſelben einen anderen Vormund beiordnete und dieſem allein die Vormundſchaftsverwaltung übertrug. L. 1. §. 5. u. L. 9. D. 26. 10. §. 2. J. 1. 26. Theoph. ibid.

555) L. 1. §. 18. D. 26. 10. L. 9. C. 5. 43. §. 6. J. 1. 26. Vgl. Marezoll, über bürgerliche Ehre, S. 153 flg.

556) So Cuiacius, comm. ad L. 213. de V. S., obs. VII. 8. Duarenus, comm. ad tit. de susp. tut. §. 8. Opp. p. 305. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 199.

557) L. 10. C. 5. 37.

558) §. 11. J. 1. 26. L. 2. D. 26. 10. L. 4. C. 5. 37.

559) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1.

560) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1. L. 49. D. 26. 7. L. 9. D. 27. 9. L. 4. C. 5. 37. L. 13. §. 1. C. 5. 51. §. 10 u. 11. J. 1. 26.

561) L. 3. §. 15 u. 16. D. 26. 10. L. 9. D. 26. 1. L. 49. D. 26. 7. L. 9. D. 27. 9. §. 10. J. 1. 10.

562) Vgl. L. 1. §. 2. D. de contraria tutelae actione. (27. 4.)

fehlt, ohne Unterſchied, ob der Verluſt in einer Verringerung des bereits erworbenen Vermögens beſteht, oder in der Aufgabe eines Gewinnes, den man hätte machen können [563]). Soll demnach die Forderung des Curators in der Klage berückſichtigt werden, ſo müſſen folgende einzelne Erforderniſſe zuſammentreffen: 1) es muß eine eigentliche Verwendung vorliegen, d. h. ein auf die Vormundſchaft aus dem eigenen Vermögen des Vormundes gemachter Aufwand. Als der gewöhnlichſte Fall einer ſolchen wird in den römiſchen Rechtsquellen die Ausgabe einer Geldſumme zu Gunſten des Mündels oder der ihm gehörigen Sachen bezeichnet [564]). Auch gehört in dieſe Kategorie das Aufgeben eines Klagerechtes zu Gunſten des Mündels [565]), die Uebernahme einer Obligation, wozu der Vormund ohne Führung der Vormundſchaft nicht verpflichtet geweſen wäre [566]), und endlich die Leiſtung perſönlicher Dienſte in Angelegenheiten des Mündels [567]). 2) Die Verwendung muß der Vormundſchaftsführung halber geſchehen ſein [568]), womit indeß noch keineswegs geſagt iſt, daß ſie gerade während der Vormundſchaft gemacht ſein müßte. 3) Die Verwendung muß bona fide ausgeführt worden ſein, d. h. der Vormund muß bei derſelben einer verſtändigen Adminiſtration und dem wahren Intereſſe des Pfleglings gemäß verfahren ſein [569]). Gleichgiltig iſt es dabei, ob die Verwendung den Betrag des Mündelvermögens überſteigt [570]), und ob ſie in der That Erfolg gehabt hat [571]). Dieß contrarium iudicium iſt eine beſondere, von der directen unabhängige Klage, welche auch dann angeſtellt werden kann, wenn die directe in Wegfall kommt [572]). Die Zeit der Anſtellung dieſer Klage richtet ſich nach den Grundſätzen, welche von der directen Klage gelten. Wenn alſo der Tutor und Curator eines Minderjährigen ſie erſt nach der Vollendung der Tutel anſtellen kann [573]), ſo ſteht es den übrigen Curatoren frei, ſie auch während der Dauer der Vormundſchaft anzuſtellen. Den Gegenſtand der Klage bildet die Schadloshaltung des Vormundes, welche nach der Verſchiedenheit der Verwendungen verſchieden iſt. Bei baaren Auslagen erfolgt die Rückzahlung des Capitals ſammt Zinſen [574]) bis zu dem Zeitpunkte der Rückerſtattung. Wird aber die Klage deßhalb angeſtellt,

---

563) Arg. L. 4. D. 27. 3. L. 28. D. de negotiis gestis (3. 5.), vergl. mit L. 3. §. 8. D. 27. 4. L. 1. §. 6. D. ibid. L. 33. §. 3. D. de administr. (26. 7.)

564) L. 1. §. 5. D. 27. 4.

565) L. 2. C. de in litem dando tutore vel curatore. (5. 44.)

566) §. 2. J. de obligat. quae quasi ex contr. (3. 28.) L. 5. §. 1. D. 44. 7.

567) L. 1. §. 9. D. 27. 3.

568) L. 1. §. 8. D. 27. 4. L. 3. §. 8. D. ibid. L. 33. §. 3. D. 26. 7.

569) L. 3. C. 5. 37. L. 3. pr. §. 5. 6. 8. D. 27. 4. L. 33. §. 3. D. 26. 7. L. 4. C. 5. 44.

570) L. 3. C. 5. 37. L. 3. pr. D. 27. 4. L. 2. §. 1. D. ubi pupillus. (27. 2.)

571) L. 3. §. 7. D. 27. 4.

572) L. 1. §. 8. D. 27. 4.

573) L. 1. §. 3. D. 27. 4. L. 4. D. ibid.

574) L. 3. §. 1—5. D. 27. 4.

weil der Vormund für den Mündel eine Verbindlichkeit übernommen oder ſeine Sachen für ihn verpfändet hat, ſo erfolgt die Condemnation auf das Intereſſe erſt, wenn der Mündel nicht die Defenſion des Vormundes übernimmt, oder ihn ſonſt liberirt. — Außerdem hat der Vormund auch die Befugniß, ſeine Gegenforderungen an den Mündel zur Compenſationseinrede zu benutzen, wenn dieſer ihn mit der directen Klage belangt [575]. Wird die Forderung für tauglich zur Compenſation befunden, ſo bewirkt ſie keine totale Abſolution des Vormundes, wie die **doli exceptio**, ſondern mindert nur den Betrag der Condemnation, ſo daß der Kläger den Reſt ſeiner Vormundſchaftsforderung dennoch bekommt [576]. Beträgt die Gegenforderung mehr, als die Hauptklage, ſo bleibt der Mehrbetrag für das **iudicium contrarium** vorbehalten. Dieſe Compenſationsbefugniß ergibt ſich von ſelbſt aus dem Weſen der **bonae fidei actiones**, und ſcheint in der That älter zu ſein, als das **contrarium iudicium**, von dem wir indeß beſtimmt wiſſen, daß es ſchon dem Labeo bekannt war [577].

Was die Beendigung der Curation anbetrifft, ſo kann ſie theils durch Gründe, welche im Weſen der Curation liegen, herbeigeführt werden, theils durch äußere Begebenheiten, welche gleichwohl auf die Geſtaltung der Curation einwirken, veranlaßt werden. Jene, die regelmäßigen Erlöſchungsgründe, ſind nach dem Weſen jeder einzelnen Curation verſchieden, und können daher erſt bei der Darſtellung der Curationen im Einzelnen vorgetragen werden. Somit bleiben uns für die vorliegende Unterſuchung nur die letzteren, die außerordentlichen Erlöſchungsgründe der Curationen übrig. Begebenheiten, durch welche dieſelben bedingt werden, betreffen entweder die Perſon des Pfleglings oder die des Vormundes. Zu den Gründen der erſten Art gehört der Tod des Pfleglings [578], oder, was demſelben gleichkommt, die Todeserklärung, jede **capitis deminutio** des Mündels [579], wovon als Beiſpiele die feindliche Gefangenſchaft, die Verurtheilung in Folge der angeſtellten **ingrati actio**, die Deportation und Arrogation des Mündels, in den römiſchen Rechtsquellen angeführt werden. Aehnlich iſt der Fall, wenn der Vater, welcher durch die Deportation die väterliche Gewalt verloren hatte, vom Kaiſer begnadigt wird; denn hier lebt die väterliche Gewalt wieder auf, und die einſtweilen für deſſen Kinder angeordnete Curation fällt weg, ausgenommen wenn der Vater ſeine Gewalt mißbraucht, um das Vermögen ſeiner Kinder zu vergeuden, in welchem Falle dann der Vormund im Amte bleiben ſoll [580]. Zu den

---

575) L. 2. C. de in litem dando tut. (5. 44.) L. 3. C. de contrario iudicio tutelae. (5. 58.) L. 1. §. 4. D. 27. 4.

576) L. 3. C. 5. 58.

577) L. 3. pr. D. 27. 4.

578) §. 3. J. quibus modis tutela finitur. (1. 22.) L. 4. pr. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.)

579) L. 14. pr. §. 1. D. de tutelis. (26. 1.) §. 1. J. 1. 22. Theoph. ibid. Liegt ein Prozeß über die Freiheit des Mündels vor, ſo bleibt derſelbe während der Dauer des Prozeſſes im Beſitze der Freiheit, und kann alſo bis zu ausgemachter Sache jedenfalls einen Curator haben. L. 1. C. qui dare tutores. (5. 34.)

580) L. 13. §. 2 u. 3. C. de sent. pass. (9. 51.)

Ereigniſſen, welche in der Perſon des Vormundes das Aufhören der Vormundſchaft zur Folge haben, gehört der Tod deſſelben [581]), ſeine capitis deminutio, welche die Freiheit und Civität aufhebt [582]), die Remotion und die Excuſation. Aus dem vorjuſtinianiſchen Rechte gehört hierher auch die minima capitis deminutio des legitimus curator, welche, ſo lange die geſetzliche Curation nur den Agnaten deferirt wurde, die Agnationsrechte aufhob und mithin auch das Ende einer ſolchen Vormundſchaft herbeiführte; ſeitdem aber dieſe Vormundſchaft nicht mehr den Agnaten, ſondern den Cognaten deferirt wird, iſt dieſer Erlöſchungsgrund der Curation weggefallen [583]). Die Folgen der Beendigung der Vormundſchaft beſtehen für den Vormund darin, daß er Rechnung ablegen muß, und daß ſeine Adminiſtration aufhört, jedoch mit Ausnahme der angefangenen Prozeſſe, welche er bis zu abgelegter Rechnung fortſetzt; für den Pflegling aber darin, daß ihm, falls er noch eines neuen Vormundes bedarf, ein neuer Vormund zugeordnet wird.

Eine ſpecielle Erörterung verdient die Lehre von den Excuſationen. Unter excusatio verſtehen die claſſiſchen Juriſten, von denen man bei der Darſtellung dieſer Lehre auszugehen hat, einen geſetzlich anerkannten Grund, aus welchem Jemand von der Uebernahme einer ihm deferirten Vormundſchaft frei iſt [584]). Die allgemeinen Vorausſetzungen, unter welchen eine derartige Excuſation ſtatthaft erſcheint, ſind folgende: a) die Delation der Vormundſchaft muß rechtsgiltig ſein. Denn wenn die Beſtellung des Vormundes rechtlich ungiltig iſt, bedarf es nicht einmal der Excuſation [585]). Dagegen iſt es gleichgiltig, welcher Grund zur Delation der Curation überhaupt vorliegt, da nicht allein die von der Obrigkeit beſtellten Curatoren, ſondern auch die, welche durch das Geſetz berufen werden, ſich excuſiren können [586]). b) Jede Excuſation fällt weg,

---

581) L. 16. §. 1. D. 26. 1. **Caius** inst. I. §. 195, beſonders L. 17. C. de negotiis gestis. (2. 19.)

582) §. 4. J. 1. 22. L. 14. §. 3. D. 26. 1. L. 7. §. 1. u. L. 8. D. 27. 3. L. 4. §. 5. D. 46. 6. Ueber L. 15. D. 46. 6. vergl. **Rudorff** a. a. O. Th. 3, S. 235. Im vorjuſtinianiſchen Rechte konnten indeß Junianiſche Latinen Vormünder ſein. Vergl. Fr. Vat. §. 193.

583) L. 2. C. 5. 30. §. 4. J. 1. 22. §. 6. J. de capitis deminutione. (1. 16.) Ueber L. 7. pr. D. de capite minutis (4. 5.) vergl. **Rudorff** a. a. O. Th. 3, S. 237.

584) So in den Redensarten excusationem habere, excusationis causas contestari, excusatio competit, excusationem praebere, proferre etc. Manchesmal wird excusatio auch von der Befreiung ſelbſt gebraucht, wie in den Redensarten excusatio datur (L. 17. pr. D. 27. 1. L. 3. D. ibid.), öfters ſogar von der Anführung eines Entſchuldigungsgrundes. So excusare magnitudinem negotiorum bei **Tac.** Annal. 5. 2., excusare laborem bei **Horat.** I. epist. 7. vs. 66—68. Aehnlich iſt alia iusta causa, quam praeses litteris excusaverit in L. 6. §. 9. D. de iniusto, rapto (28. 3.) und innocentiam excusare in L. 33. §. 2. D. de procurat. (3. 3.)

585) L. 13. §. 12. D. 27. 1. L. 1. C. de conf. tut. (5. 29.)

586) L. 30. §. 2. D. 27. 1. Ueber die Controverſe, ob die Excuſation bei der tutela legitima ſtattfinde, ſiehe die Literatur bei **Glück**, Erläuterung der Pandekten, Th. 31, S. 182—185, und **Rudorff** a. a. O. Th. 2, S. 11—14.

wenn man ſich zur Uebernahme der Vormundſchaft verpflichtet, oder in die Annahme derſelben ſtillſchweigend einwilligt, oder ſich der Adminiſtration freiwillig unterzieht[587]), es müßte denn die vorliegende Excuſation auf der geſetzlich anerkannten Untauglichkeit des Vormundes zur Führung der Vormundſchaft beruhen. — Man theilt die Excuſationen 1) in freiwillige (voluntariae excusationes) und nothwendige (necessariae). Jene beruhen auf wahren Immunitätsprivilegien, aus denen ein Vormund zwar befugt, aber nicht verpflichtet iſt, ſich der Vormundſchaft zu entziehen, ſo daß er, wenn er ſie nicht vorbringt, die Adminiſtration fortführen muß. Dieſe hingegen beruhen auf beſonderer, durch das Geſetz anerkannten Untauglichkeit des Vormundes zur Führung der Vormundſchaft, welche zwar die Giltigkeit der Beſtellung keineswegs hindert, aber doch inſofern ihn nöthigt ſich zu excuſiren, als im entgegengeſetzten Falle eine Abſetzung, ja ſogar beſondere Strafen eintreten können. Die oben bezeichneten Kunſtausdrücke ſind zwar der Sache, nicht aber dem Namen nach den römiſchen Rechtsquellen bekannt. Denn wenn ſchon an einigen Stellen die freiwilligen Excuſationsgründe allein und ausſchließlich mit dem Namen excusatio bezeichnet werden[588]), ſo läßt ſich auf der anderen Seite auch eine Reihe Zeugniſſe anführen, in welchen die nothwendigen Excuſationsgründe geradezu mit excusari debere[589]) oder durch excusatio[590]) bezeichnet werden, und es läßt ſich mithin die oben angegebene Eintheilung allerdings rechtfertigen, wenn man überhaupt nur nicht an das römiſche Wort unſer teutſches Entſchuldigung knüpfen und fernerhin das Wort excusatio beibehalten will. 2) In Excuſationen, welche a curatione suscipienda und in ſolche, welche a curatione suscepta befreien, je nachdem ſie den Vormund berechtigen, den Excuſationsgrund nur bei der Delation der Vormundſchaft vor der Uebernahme derſelben geltend zu machen, oder ihm die Befugniß ertheilen, auch nach der Uebernahme der Vormundſchaft ſich zu excuſiren[591]). Jene bilden allerdings die Regel, weil mit der Uebernahme der Vormundſchaft ohne gleichzeitige Vorſchützung der Excuſation das Recht auf dieſe verloren geht, und von der anderen Gattung der Excuſationen ausdrücklich berichtet wird, daß dieſe ihre Eigenſchaft ſich auf beſondere Privilegien ſtützt und in der Regel nicht vermuthet wird[592]). — Was das Anbringen einzelner Excuſationen anbetrifft, ſo iſt es verſchieden, je nachdem eine freiwillige oder nothwendige Excuſation vorliegt. Im letzten Falle iſt das Vorbringen der Excuſation an keine

587) Fr. Vat. §. 156. L. 15. §. 1. D. 27. 1. §. 9. J. de excusationibus tutorum vel curatorum. (1. 25.) L. 29. D. 26. 2., vergl. mit Fr. Vat. §. 154. L. 2. C. si tutor vel curator. (5. 63.)

588) §. 13 J. 1. 25. Nov. 118. c. 5.

589) L. 17. C. de excusationibus. (5. 62.) Fr. Vat. §. 202.

590) L. un. C. qui morbo se exc. (5. 60.), vergl. mit L. 1. §. 2 u. 3. D. de tut. (26. 1.) L. 3. C. qui dare tutores vel cur. poss. (5. 34.) Siehe auch §. 11 u. 14. J. 1. 25.

591) L. 45. pr. D. 27. 1. L. 11. §. 2. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.)

592) L. 11. §. 2. D. 4. 4.

Zeitfriſt gebunden, und wenn die Excuſation vom Richter nicht berückſichtigt wurde, kann zu jeder Zeit die Nichtigkeitsbeſchwerde eintreten[593]). Als Folge davon iſt es zu betrachten, daß die Berufenen das Periculum der Vormundſchaft einſtweilen nicht zu tragen haben, ausgenommen, wenn ſie ſich in die Verwaltung eingemiſcht haben. Bei den freiwilligen Excuſationen iſt das Vorbringen derſelben an eine beſtimmte Zeitfriſt gebunden, und wer dieſelbe nicht beobachtet, wird mit ſeiner Excuſation nicht weiter gehört, bleibt alſo Vormund[594]), und zwar in der Maße, daß die Vormundſchaftsklage gegen ihn angeſtellt werden kann und daß er das ganze Periculum der Vormundſchaft zu tragen hat[595]). Dieſe Friſt beſtand nach der Verordnung von Marcus Aurelius für die, welche in Rom ſich befinden, oder innerhalb hundert römiſchen Meilen, d. h. 100,000 Schritten von Rom entfernt ſind, in einem Zeitraume von funfzig Tagen[596]) und in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen iſt dieſe Beſtimmung auf jeden Vormund bezogen, welcher an dem Orte, wo er beſtellt wird, entweder anweſend oder nicht über hundert Meilen davon entfernt iſt[597]). Wer über hundert Meilen vom Orte ſeiner Beſtellung entfernt iſt, hat außer den funfzig Tagen noch ſo viele Tage Zeit, wie viele Male er zwanzig Meilen von jenem Orte entfernt iſt und außerdem noch eine Friſt von dreißig Tagen, doch tritt dieſe Beſtimmung nach der Interpretation von Scävola, Ulpian, Paullus und Modeſtin nur dann ein, wenn der Vormund auf dieſe Weiſe nicht wenigſtens funfzig Tage Friſt behält[598]). Die Friſt iſt in Rückſicht des Anfangs ein tempus utile, d. h. ſie fängt nicht von dem Beſtellungsacte ſelbſt, ſondern erſt von dem Tage an zu laufen, wo der beſtellte Vormund von ſeiner Beſtellung Kunde erhalten[599]), ohne Unterſchied, ob dieß auf gerichtlichem oder auf privatem Wege geſchehen iſt[600]); in Rückſicht ihres Laufes aber kommen nur die einzelnen Tage, wie ſie im Kalender zuſammenhängen, in Berechnung, doch mit der Beſchränkung, daß, wenn Jemand durch Krankheit, Räuber, Wetter u. ſ. w. abgehalten iſt, ihm die Friſt nicht verläuft[601]). Iſt dieſe Friſt vergeblich abgelaufen, ſo treten die oben angegebenen Wirkungen von ſelbſt, ohne Ungehorſamsbeſchuldigung ein, und das prozeſſualiſche Mittel, um dieſe geltend zu machen, iſt die praescriptio quinquaginta dierum[602]).

---

593) L. 13. §. 12. D. 27. 1. L. 16. D. ibid. L. 40. D. 26. 7. L. 58. §. 2. D. ibid.

594) L. 13. §. 1, 6 u. 8. D. 27. 1. Auf den Beweis der Excuſation bezieht ſich dieſe Friſt nicht. Fr. Vat. §. 184. L. 38. D. 27. 1.

595) L. 1. §. 1. L. 5. §. 10. L. 17. D. 26. 7. L. 8. u. 19. C. 5. 37.

596) Fr. Vat. §. 156.

597) L. 13. §. 1. D. 27. 1. §. 16. J. de excus. (1. 25.)

598) L. 13. §. 2. D. 27. 1. §. 16. J. 1. 25. Theoph. ibid.

599) §. 16. J. 1. 25. L. 6. C. de excusation. (5. 62.)

600) L. 29. D. 26. 5. L. 13. §. 1. D. 27. 1. L. 6. C. 5. 62. L. 5. §. 10. D. 26. 7. Fr. Vat. §. 156. Abweſenden Vormündern wird die Kunde von ihrer obrigkeitlichen Beſtellung zum Vormunde innerhalb dreißig Tagen von Obrigkeitswegen bekannt gemacht. L. 13. §. 1. D. 27. 1. L. 29. D. 26. 5.

601) Fr. Vat. §. 155. L. 13. §. 7. D. 27. 1. §. 16. J. 1. 25.

602) Fr. Vat. §. 156. L. 3. C. 5. 62.

Die Form, in welcher dieſe Excuſationen geltend gemacht werden, war in der älteren Zeit, wie bei den übrigen munera, die der Appellation[603]; ſeit der Zeit von Marcus Aurelius hingegen iſt unter Verwerfung der Appellation ein beſonderes, nicht devolutives Verfahren vorgeſchrieben worden, welches in den Juſtinianiſchen Pandekten als geltendes Recht dargeſtellt wird[604]). Zum Beweiſe der einmal gehörig angebrachten Excuſation werden dem ernannten Vormunde vier zuſammenhängende Monate geſtattet, deren Lauf vom Augenblicke der Nomination beginnt[605]), was doch wahrſcheinlich nur von dem Zeitpunkte, wo der Ernannte ſeine Ernennung erfährt, zu verſtehen iſt[606]), da man zu einem ungereimten Reſulate kommen würde, wenn man die zur Anbringung der Excuſation feſtgeſtellte Friſt erſt vom Augenblicke der Wiſſenſchaft und die für den Beweis der Excuſation von dem Tage der Ernennung an berechnen wollte. Auch hier kommen indeß billige Hinderniſſe in Betracht, und ſelbſt die ungewöhnliche Langwierigkeit des Verfahrens gilt für den Vormund als hinreichender Entſchuldigungsgrund für die Verſäumniß[607]). Für die Formalien dieſes Verfahrens finden ſich wenig Beſtimmungen in den römiſchen Rechtsquellen vor. Das Ganze wird in der Form einer lis abgeſetzt[608]), die Parteien ſind dieſelben, wie bei der Erbittung des Vormundes, nur daß der Excuſant als Kläger erſcheint[609]), und das Ganze wird durch ein Decret der Obrigkeit beendigt[610]). Eingeleitet wird das Verfahren dadurch, daß der ernannte Vormund ſeinem Gegner, wenn Seſſionen ſind, denuncirt, vor dem Prätor zu erſcheinen, und dann ſich zu dieſem verfügt und ſeine Gründe entweder mündlich oder ſchriftlich bei ihm anbringt. Dieſer Vortrag kann de plano oder pro tribunali geſchehen, da er nur den Zweck hat, die Präſcription zu unterbrechen, und nur, wenn Gerichtsferien ſind, erfolgt die Conteſtation allemal durch Libell[611]). Die Inſtruction der Rechtfertigung erfolgt überall durch den Magiſtrat, und zwar pro tribunali. Ueber den Beweis, welchen nach den allgemeinen Prozeßregeln der Vormund zu führen hat, finden ſich keine näheren Beſtimmungen in den römiſchen Rechtsquellen vor. Doch verſteht es ſich von ſelbſt, daß innerhalb der Beweisfriſt zwar der Beweis einer bereits angebrachten Excuſation zu Ende gebracht, aber nicht der einer neuen übernommen werden kann[612]). Das Decret des Magiſtrates, welches das Ganze beſchließt, hat über die Zuläſſigkeit oder Un=

---

603) Fr. Vat. §. 155. L. 1. §. 1 u. 2. D. quando appell. (49. 4.) L. 13. pr. u. L. 16. §. 1 u. 2. D. 27. 1. L. 1. §. 1. D. 26. 7.

604) Fr. Vat. §. 156.

605) L. 38. D. 27. 1., vergl. mit L. 39. D. ibid.

606) So Accurſius, Anton Faber, Haubold, Rudorff. Vergl. Hauboldi opusc. acad., ed. Wenck, vol. I. p. 424.

607) L. 39. D. 27. 1.

608) L. 39. D. 27. 1. L. 14. C. 5. 62.

609) Fr. Vat. §. 156.

610) L. 1. C. si tutor vel cur. falsis. (5. 63.)

611) Fr. Vat. §. 156. L. 13. §. 8 u. 10. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 63.

612) L. 39. D. 27. 1.

zuläſſigkeit der Excuſation zu urtheilen[613]). Im erſten Falle trägt er für die Zukunft nicht mehr die Gefahr der Verwaltung[614]), doch hört der Excuſirte erſt dann in der That auf Vormund zu ſein, wenn an ſeine Stelle ein anderer giltiger Weiſe ernannt iſt[615]); im letzten hingegen trägt er das Periculum nicht allein für die Vergangenheit, ſondern auch für die ganze Zukunft, da er von erreichter Wiſſenſchaft an als Vormund gilt[616]). — Fragt man nach der Competenz der Behörden, bei welchen die Unterſuchung über die Zuläſſigkeit der Excuſationen angebracht wird, ſo war es vor den Zeiten des Kaiſers Marcus Aurelius wohl die gewöhnliche Appellationsinſtanz des Magiſtrates, welcher den Vormund beſtellt hatte, und nachher wurde die ordentliche Vormundſchaftsbehörde für ſolche Unterſuchungen competent. In Rom und in dem Stadtgebiete gehörten dergleichen Unterſuchungen vor den praetor tutelaris[617]), im übrigen Italien vor den Juridicus[618]), in den Provinzen vor den Statthalter derſelben[619]).

Nothwendige Excuſationsgründe ſind folgende: 1) Der Mangel der Rechtsfähigkeit von Seiten des Vormundes. Dieß gilt von Sclaven und von Peregrinen[620]). Nach den Grundſätzen des vorjuſtinianiſchen Rechtes galt daſſelbe auch von den Junianiſchen Latinen, wenn ſchon ihre Beſtellung von Seiten der Obrigkeit wenigſtens ſpäterhin als giltig betrachtet wurde[621]). Auf Hausſöhne, welche in politiſchen Dingen völlig rechtsfähig ſind, iſt dieſer Entſchuldigungsgrund nie erſtreckt worden[622]). 2) Die eigene Schutzbedürftigkeit des Vormundes. In dieſer Beziehung ſtellt das Conſtitutionenrecht die allgemeine Regel auf, daß Jeder, welcher unter Vormundſchaft ſteht, die Vormundſchaft über Andere nicht übernehmen dürfe[623]). Dieß gilt namentlich von Frauen überhaupt[624]), und wenn gleich Marezoll[624a]) annimmt, daß auch die Mutter und Großmutter für ihre minderjährigen Kinder oder Enkel zu partiellen Curatoren ernannt werden können, falls derjenige, welcher den letzteren Güter im Teſtament oder durch Schenkung überläßt, in Betreff dieſer Güter dieß alſo verordnet hat, ſo ſcheint doch die Novellenſtelle, auf welche dieſe Meinung ge-

---

613) L. 22. C. 5. 61. L. 1. C. 5. 62. L. 20. D. 26. 7.
614) L. 22. C. 5. 61., vergl. mit L. 5. §. 10. D. 26. 7.
615) Caius inst. I. §. 182. Ulp. fr. 11. §. 23. Vat. fr. §. 228. L. 4. C. 5. 62. L. 11. §. 1—3. D. 26. 2. Vgl. §. 6. J. 1. 22.
616) L. 20. D. 26. 7. L. 5. §. 10. D. ibid.
617) L. 37. pr. D. 27. 1. L. 6. u. 23. C. 5. 62.
618) L. 2. C. 5. 62.
619) L. 3. 11. 15. 16. 18. C. 5. 62.
620) L. 17. §. 1. D. de poenis. (48. 19.)
621) Fr. Vat. §. 193, 221, vergl. mit Cai. inst. I. 23. Ulp. XI. 16.
622) Pr. J. qui testam. dari tut. (1. 16.) L. 7. D. de tutelis. (26. 1.) L. 13. §. 5. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)
623) L. 5. C. 5. 30.
624) L. 21. pr. D. 26. 5. Vergl. Emmerich, Beiträge zur Lehre von der Vormundſchaft der Mutter und Großmutter in Linde's Zeitſchrift für Prozeß und Civilrecht, Bd. 3, S. 209.
624a) Marezoll, kleine civiliſtiſche Bemerkungen, in Linde's Zeitſchrift, Bd. 5, S. 441.

ſtützt wird[625]), dieſer Annahme nicht eben günſtig, da ſie recht gut nur von der Uebertragung der Verwaltung verſtanden werden kann. Aus demſelben Grunde ſind auch Pupillen und Minderjährige von Juſtinian von der Uebernahme der Curation ausgeſchloſſen worden[625a]), und die teutſchrechtliche Praxis hat dieß Verbot auch auf gerichtlich erklärte Verſchwender und auf ſolche Kranke und Gebrechliche ausgedehnt, welche ſelbſt unter Vormundſchaft ſtehen. 3) Der Mangel an gutem Rufe. Deßhalb ſchließt die teutſchrechtliche Praxis von der Vormundſchaft alle aus, welche ein unehrbares Leben führen[626]), oder wegen ſchlechter Verwaltung ſchon einmal der Vormundſchaft entſetzt ſind[627]), oder ſich zu einer Vormundſchaft zudrängen oder, um ſie zu erlangen, Geld bieten oder geboten haben[628]). 4) Die Feindſchaft zwiſchen dem Vormund und dem Vater des Pupillen, außer wenn eine Verſöhnung zwiſchen beiden ſtattgefunden oder der Vormund erſt in einem ſpäter gemachten Teſtamente dazu ernannt worden iſt[629]). Die römiſch-Juſtinianiſchen Rechtsquellen ſprechen in dieſer Beziehung von einer inimicitia capitalis, worunter man indeß mit Rävard[630]) nicht gerade in feierlicher Form abgeſagte Feindſchaften zu verſtehen hat, auch nicht gerade nur ſolche, welche in einer peinlichen Anklage ihren Grund haben, ſondern überhaupt alle eigentlichen, öffentlichen oder heimlichen Todfeindſchaften im Gegenſatze der levis offensa[631]). Feindſchaften anderer Art[632]) und bloße Unbekanntſchaft des Vormundes[633]) mit dem Vater des Pupillen entſchuldigen nicht. 5) Ein Prozeß über den status zwiſchen dem Vater des Mündels als Kläger und dem Vormunde als Beklagten[633a]). Prozeſſe dieſer Art, worunter man jeden über Freiheit und Civität zu verſtehen hat[634]), begründen nach römiſchen Anſichten eine Erbfeindſchaft. 6) Prozeſſe über das Vermögen des Mündels, oder über Gegenſtände, welche den wichtigſten Beſtandtheil dieſes Vermögens bilden, und über Erbſchaften geben zunächſt nur eine freiwillige Excuſation für den Vormund[635]), und wenn er davon keinen Gebrauch macht, ſo kann der Prätor ihn removiren und den Prozeß inſtruiren[636]). Andere Prozeſſe zwiſchen Vormund und Mündel begründen keine Excuſation[637]), außer wenn der Vormund im guten Glauben, und nicht blos um von der Vormundſchaft loszukommen, einen Prozeß über den Status gegen ſeinen Mündel erhebt, in welchem Fall die Excuſation eben-

625) Nov. 117. cap. 1. §. 1.
625a) L. 5. C. 5. 30.
626) Arg. L. 21. §. 5. D. 26. 5.
627) Arg. L. 1. §. 8. D. de suspectis tut. (26. 10.)
628) L. 21. §. 6. D. 26. 5.
629) L. 6. §. 17. D. 27. 1. §. 11. J. 1. 25.
630) Variar. V. 15.
631) Interpret. Goth. ad Paulli sent. rec. II. 27. §. 1.
632) Theoph. inst. I. 26. §. 11. ed. Reitz. tom. I. p. 195.
633) L. 15. §. 14. D. 27. 1. §. 10. J. 1. 25.
633a) §. 12. J. 1. 26.
634) Vergl. Feuerbach, civiliſtiſche Verſuche, Th. 1, S. 187 flg.
635) L. 21. pr. D. 27. 1. §. 4. J. 1. 25. L. 16. C. 5. 62.
636) L. 20. D. 27. 1.
637) Fr. Vat. §. 139. L. 21. C. 5. 62.

falls eine nothwendige iſt[638]). 7) Obligatoriſche Verhältniſſe zwiſchen dem Vormund und dem Pflegling, d. h. wenn der Vormund entweder Gläubiger oder Schuldner des Pfleglings iſt. Im älteren Rechte wurden dergleichen Verhältniſſe bei der Uebernahme von Vormundſchaften gar nicht berückſichtigt[639]), im neueren Rechte hingegen, welches ſich aus einer Novelle Juſtinian's herſchreibt, bilden ſie eine excusatio necessaria, weil ſonſt nach der Anſicht des Kaiſers den Mündeln in der Perſon des Vormundes ein Feind aufgedrungen werden würde[640]). Vorausgeſetzt indeß, daß der Vormund das Schuldverhältniß nicht nur angegeben, ſondern auch erwieſen habe, was in Ermangelung anderer Beweismittel durch einen körperlichen Eid des Vormundes geſchieht. Tritt das obligatoriſche Verhältniß erſt nach der Uebernahme der Vormundſchaft ein, ſo wird dem bisherigen Vormunde zur Sicherheit des Pfleglings ein anderer Vormund zugeordnet[641]). Zwar ſpricht die Novelle zunächſt nur von den Vormündern Unmündiger und Minderjähriger, allein da ſpäterhin auch von anderen Curatoren, z. B. für Wahnſinnige, Blödſinnige die Rede iſt[642]), auch die Abſicht des Geſetzgebers offenbar auf alle Arten von Vormündern ſich erſtreckt, ſo ſteht wohl nicht zu bezweifeln, daß die angegebene Excuſation auf alle Arten von Vormündern zu erſtrecken ſei. 8) Die Verſchiedenheit des Glaubensbekenntniſſes. Aus dieſem Grunde können nach der teutſchrechtlichen Praxis Juden keine Vormundſchaften über Chriſten annehmen[643]), wenn ſchon dieſelben nach römiſchem Rechte nicht allein zu allen Laſten, welche ihrer Religion nicht zuwider, und namentlich zur Vormundſchaft über Pupillen, die nicht ihre Glaubensgenoſſen ſind, verpflichtet ſind[644]). 9) Das Verbot der Eltern des Pfleglings. Wer nämlich vom Vater oder der Mutter des Mündels im Teſtamente oder auf andere Weiſe als unzuläſſig bezeichnet worden iſt, kann nicht zur Vormundſchaft berufen werden[645]). 10) Das Verlöbniß und die Ehe mit der Pflegbefohlenen. Nach einem im römiſchen Rechte ganz allgemein ausgeſprochenen Grundſatze kann der Ehemann nicht zum Curator ſeiner Frau[646]) und der Bräutigam nicht zum Curator ſeiner Verlobten[647]) gemacht werden, und ſelbſt der Vater des Mannes muß ſich excuſiren, wenn er ſeiner Schwiegertochter zum Curator beſtellt wird[648]). Dieſe Excuſation beruht

638) L. 6. §. 18. D. 27. 1.

639) L. 7. C. 5. 62. L. 8. C. qui dare. (5. 34.) Vgl. L. 9. §. 5. D. 26. 7.

640) Nov. 72. c. 1 u. 3. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 28—33.

641) Nov. 72. c. 2.

642) Nov. 72. c. 5.

643) Vgl. Montanus de iure tut. IV. no. 32—40. Lauterbach, Coll. Arg. XXVI. 1. §. 23.

644) L. 15. §. 6. D. 27. 1., vergl. mit L. 3. §. 3. D. de decurionibus. (50. 2.)

645) L. un. C. si contra matris. (5. 47.) L. 21. §. 2. D. 26. 5.

646) Fr. Vat. §. 201. L. 14. D. 27. 10. L. 2. C. 5. 34. §. 19. J. 1. 25.

647) L. 1. §. 5. D. 27. 1.

648) L. 3. C. de interdicto matr. (5. 6.) L. 17. C. 5. 62.

auf dem Verbote der Ehe und des Verlöbniſſes vor abgelegter Vormundſchaftsrechnung zwiſchen dem Vormund, deſſen Sohne und der Pflegbefohlnen, welches Verbot aus einer oratio des Marcus und Commodus ſich herſchreibt, und durch Reſcripte der Kaiſer Severus und Caracalla genauer feſtgeſtellt worden iſt [649]). Im heutigen Rechte fällt dieſer Excuſationsgrund weg, da nach teutſchrechtlicher Gewohnheit der Ehemann ſogar als curator legitimus ſeiner Frau betrachtet wird [650]). 11) Das Verhältniß des Stiefvaters zu ſeinen Stiefkindern. Wenn ſchon das röm. Recht dem Stiefvater erlaubt, die Vormundſchaft über ſeine Stiefkinder zu übernehmen [651]), ſo hat ſich doch in Teutſchland eine entgegengeſetzte Doctrin [652]) gebildet, welche auch in der Praxis Eingang gefunden hat [653]). 12) Obligatoriſche Verhältniſſe mit dem Fiscus. Pächter öffentlicher Zölle (conductores vectigalium) müſſen ſich ſtets entſchuldigen, wenn ſie das Geſchäft ſelbſt betreiben [654]). Auf Afterpächter bezieht ſich dieſe Excuſation nicht [655]). 13) Der Soldatenſtand. Soldaten ſind zur Uebernahme von Vormundſchaften ſo ganz untauglich, daß, wenn ſie dieſelben übernehmen, nicht einmal die gewöhnlichen Vormundſchaftsklagen gegen ſie angeſtellt werden können [656]). 14) Die prieſterlichen Würden. Nur Biſchöfe ſind zur Uebernahme der Vormundſchaft nach einer Juſtinianiſchen Novelle völlig untauglich [657]); andere Geiſtliche nur dann, wenn ſie zu einer Vormundſchaft berufen werden, zu deren Uebernahme ſie nicht durch Cognation verpflichtet ſind. 15) Der Mönchsſtand. Auch Mönche können nach demſelben Geſetze Juſtinian's niemals zu Vormündern beſtellt werden. 16) Der Curialenſtand. Decurionen können nach einem Geſetze der Kaiſer Valentinian, Theodoſius und Arcadius [658]) nicht Vormundſchaften über Reichsſenatoren übernehmen.

Freiwillige Excuſationsgründe ſind folgende: 1) Die Verwaltung eines öffentlichen obrigkeitlichen Amtes [659]). Dieſer Entſchuldigungsgrund bezieht ſich nicht allein auf Magiſtrate, welche in Rom ihr Amt verwalten, während der Dauer ihres Magiſtratsjahres [660]), ſondern auch auf

---

649) Fr. Vat. §. 201. §. 19. J. 1. 25.

650) Sächſiſches Landrecht III. 45. 1. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 185.

651) L. 32. §. 1. D. de adopt. (1. 7.) L. 2. C. de interd. matr. (5. 6.) L. 3. C. de contr. iud. tut. (5. 58.)

652) Bachov. ad Treutl. Vol. II. p. 1. disp. VIII. th. 3. p. 419. Berger, oecon. iur. lib. I. t. IV. th. 10. not. 1.

653) Carpzov, iurispr. for. P. II. const. 10. def. 25. n. 4. Boehmer, consult. tom. III. p. II. 792. Mevius, tom. II. P. VIII. decis. 330.

654) L. 8. §. 1. D. de vacat. (50. 5.) L. 5. C. ne tutor vel cur. (5. 41.)

655) L. 2. C. quibus man. (10. 55.)

656) L. 4. C. qui dare tut. (5. 34.) §. 14. J. 1. 25.

657) Nov. 123. cap. 5.

658) L. 2. C. de tut. ill. (5. 33.)

659) L. 17. §. 5. D. 27. 1. L. 6. §. 14 u. 16. L. 17. §. 5. D. ibid.

660) Fr. Vat. §. 146. 174. Ueber L. 17. §. 4. D. 27. 1. vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 81, 82.

Municipalmagiſtrate, wie die Duovirn[661]) und Defenſoren[662]), und auf die Provinzialmagiſtrate[663]) und ihr Gefolge[664]). Vorausgeſetzt wird indeß dabei, daß ſolche Aemter im Augenblicke, wo die Vormundſchaft deferirt wird, wirklich verwaltet werden. Eine bloße Candidatur zum Amte entſchuldigt noch nicht[665]), eben ſo wenig als eine Dignität ohne Amtsfunctionen[666]), und ſelbſt eine Magiſtratur, welche erſt nach der Uebernahme der Vormundſchaft angetreten wird, gibt keine Excuſation nicht einmal für die Dauer der Amtszeit[667]). 2) Die Verwaltung der Angelegenheiten des Fürſten oder des Fiscus[668]). Dieß entſchuldigt auf die Dauer dieſer Verwaltung. Auf Pächter fiscaliſcher Grundſtücke iſt dieſe Excuſation bei den Römern niemals bezogen worden[669]), und die für dieſe Ausdehnung angeführte L. 13. C. qui tut. dare (5. 34.) ſpricht nicht ſowohl von ſolchen Pächtern fiscaliſcher Grundſtücke, als vielmehr von leibeigenen Colonen. Auf dieſen Entſchuldigungsgrund läßt ſich die Excuſation der silentiarii[670]), deren Amt dem der jetzigen Kammerherrn zu vergleichen iſt, ferner die der Einnehmer fiscaliſcher Abgaben (exactores tributorum)[671]) zurückzuführen, und aus dem vorjuſtinianiſchem Rechte gehört hierher die Immunität der arcarii Caesariani, welche ihre Banken auf dem Forum Trajan's haben[672]). 3) Die Aufnahme in den geheimen Rath des Fürſten[673]). Ueberhaupt gibt jede Beſchäftigung um die Perſon des Kaiſers auch das Recht, bereits übernommene Vormundſchaften zu deponiren. 4) Die Senatorwürde. Jeder Reichsſenator brauchte im vorjuſtinianiſchen Rechte nicht diejenigen Güter zu adminiſtriren, welche über zweihundert Meilen von Rom entfernt lagen[674]), und es wurden daher zur Verwaltung ſolcher Vermögensſtücke Specialvormünder aus dem Ritterſtande beſtellt. Im Juſtinianiſchen Rechte ſind dieſe Beſtimmungen durch Interpolation auf Byzanz und die Provinzen übertragen worden, ſo daß ſich jeder Reichsſenator in Betreff aller Güter entſchuldigen kann, welche über hundert Meilen von der Hauptſtadt entfernt ſind[675]). Außerdem kann jeder Reichsſenator die Vormundſchaft über Ungenoſſen,

---

661) L. 6. §. 16. D. 27. 1. L. 17. §. 5. D. ibid.
662) L. 10. §. 4. D. de vacat. (50. 5.)
663) §. 3. J. 1. 25. Ueber das da vorkommende potestatem aliquam habere vergl. Suet. Claud. cap. 23. L. 13. §. 1. D. de iurisd. (2. 1.) L. 52. §. 12. D. de furtis. (47. 2.)
664) L. 12. §. 1. D. 50. 6.
665) L. 23. pr. D. 27. 1.
666) L. 15. §. 2. D. 27. 1.
667) L. 17. §. 5. D. 27. 1.
668) L. 22. §. 1. D. 27. 1. L. 41. pr. D. ibid. §. 1. J. 1. 25. Die zuerſt angeführte Stelle ſpricht urſprünglich von Aemtern, welche der Kaiſer beſetzt, wie die cura viarum. Vergl. Fr. Vat. §. 136.
669) L. 8. C. 5. 62.
670) L. 25. C. 5. 62. L. 5. C. de silentiariis. (12. 16.)
671) L. 10. C. 5. 62.
672) Fr. Vat. §. 134.
673) L. 30. pr. D. 27. 1., vergl. mit L. 11. §. 2. D. 4. 4.
674) Fr. Vat. §. 147.
675) L. 21. §. 3. D. 27. 1.

nicht aber die über Genoſſen und deren Kinder ablehnen und niederlegen[676]). Auch Freigelaſſene von Senatoren, wenn ſie Geſchäftsführer ihrer Patrone ſind, hatten das Privilegium, ſich von der Vormundſchaft zu entſchuldigen[677]). Den Curialen in den Municipalſtädten kommen die Privilegien der Reichsſenatoren nicht zu ſtatten[678]). Im vorjuſtinianiſchen Rechte hatten von ihnen nur die sex primi eine freiwillige Excuſation, wenn ſie bereits eine Vormundſchaft verwalteten[679]). 5) Die frühere Vormundſchaft über dieſelbe Perſon. Wer die Vormundſchaft über einen Pupillen geführt hat, kann ſich von der Curation über ihn entſchuldigen[680]). Soweit dieſe Excuſation dem geweſenen Vormund über einen Unmündigen gegen die Vormundſchaft über den Minderjährigen gegeben iſt, iſt ſie heutzutage unanwendbar, da die Vormundſchaft über den Unmündigen und Minderjährigen nach heutigem Rechte ein und dieſelbe iſt. 6) Die Abweſenheit im Dienſte des römiſchen Staates[681]), was bei allen Provinzialſtatthaltern, kaiſerlichen Civil= und Militärbeamten in den Provinzen, Geſandten des römiſchen Staates und den geſetzlich zum Gefolge dieſer Perſonen gehörigen und gehörig beurlaubten Leuten der Fall iſt. Die Excuſationsprivilegien ſolcher Abweſenden laſſen ſich auf folgende einzelne Punkte zurückführen: a) auf die Befugniß, jede vor der Abweſenheit übernommene Vormundſchaft vollſtändig zu deponiren, wenn der Abweſende über See verreiſt oder für immer verbannt wird[682]). Wer blos für einige Zeit verbannt wird, oder ſonſt in Staatsangelegenheiten verreiſt, genießt dieß Privilegium nicht, nur wird für die Zeitdauer der Abweſenheit ein interimiſtiſcher Vormund beſtellt[683]), und der ganze Vortheil der Excuſation beſteht nur darin, daß der Abweſende für die Dauer ſeiner Abweſenheit vom periculum curationis frei wird[684]). b) Auf die Befugniß, jede während der Abweſenheit[685]), und noch außerdem innerhalb eines Jahres[686]) neu deferirte Vormundſchaft auszuſchlagen. Dieſes Jahr beſteht aus zuſammenhängenden Tagen und fängt von dem Augenblicke zu laufen an, da der Abweſende zurückgekehrt iſt, oder zurückgekehrt ſein könnte, wenn er ſich nicht unnützerweiſe oder zu ſeinen

676) L. 15. §. 2—4. D. 27. 1.

677) Fr. Vat. §. 131. L. 17. §. 1. D. ad mun. (50. 1.) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 87.

678) L. 22. D. de tut. dat. (26. 5.)

679) Fr. Vat. §. 124.

680) Fr. Vat. §. 188. 200. Paulli sent. rec. II. 27. §. 2. L. 25. D. 26. 5. L. 16. D. 27. 1. L. 20. C. 5. 62. §. 18. J. 1. 25. Theoph. ad h. l. ed. Reitz. tom. I. p. 200.

681) L. 10. pr. D. 27. 1. Vgl. Cuiacius, comm. ad h. l.

682) L. 4. §. 2. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.) L. 28. §. 2. u. L. 29. pr. D. 27. 1.

683) Fr. Vat. §. 135. §. 2. J. 1. 25. L. 28. §. 2. D. 27. 1. L. 32. §. 7. D. 26. 7.

684) §. 2. J. 1. 25. L. 10. §. 2. D. 27. 1. L. 1. C. in quibus casibus tut. hab. (5. 36.) Vgl. L. 21. §. 3. D. 26. 5.

685) §. 2. J. 1. 25. Fr. Vat. §. 222. L. 21. §. 3. D. 26. 5.

686) L. 10. pr. §. 1—2. D. 27. 1. §. 2. J. 1. 25. L. 2. C. 5. 62.

Privatzwecken unterwegens aufgehalten hätte[687]). 7) Die Entfernung des Geſchäftskreiſes des Vormundes. Gegen die Adminiſtration ſolcher Güter, die in einer anderen Provinz oder hundert Meilen vom Wohnorte des Vormundes entfernt liegen, kann ſich der Vormund excuſiren[688]). Auch kann Jedermann, der an einem anderen Orte zum Vormund beſtellt wird, als da, wo er wohnt, ſich giltig von der Vormundſchaft excuſiren[689]). Endlich darf Jeder, welcher an ſeinem Wohnorte zum Vormund beſtellt iſt, wenn er denſelben ſpäter mit kaiſerlicher Erlaubniß verläßt, und von dem Kaiſer zugleich die Erlaubniß zur Depoſition erhält, nachdem er in der deßhalb an denſelben gerichteten Supplik ſeiner Vormundſchaften Erwähnung gethan, dieſe niederlegen[690]), obgleich Marezoll[691]) behauptet, daß ſchon Eines von Beiden hinreiche, Erlaubniß der Migration oder Erwähnung der Vormundſchaft im Reſcripte, welche Meinung nur aus einem Mißverſtändniſſe der alten lateiniſchen Ueberſetzung des von Modeſtin herrührenden griechiſchen Grundtextes entſtanden iſt. 8) Die prieſterlichen Würden. Schon im Heidenthume gewährten gewiſſe Prieſterſtellen, welche nicht ohne religiöſe Bedenken verlaſſen werden konnten, eine Excuſation von der Vormundſchaft, z. B. wer, nach dem Ausſpruche des Archigallus, im Hafen für das Wohl des Kaiſers opfert[692]), und daſſelbe galt von den höchſten prieſterlichen Würden in den Provinzen, wie von der Asiarchia, Bithyniarchia, Cappadocarchia, Phoeniciarchia, Lyciarchia, Arabarchia[693]), während der Amtsdauer derer, welche ſie bekleideten. Dieſe Prieſterwürden waren zur Zeit der claſſiſchen Juriſten mit der Verpflichtung verbunden, auf eigene Koſten Spiele und Wettkämpfe zu veranſtalten, und ſelbſt, nachdem die heidniſche Religion in Verfall gekommen, iſt dieſe Excuſation in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern noch ſtehen geblieben, nur mit dem Unterſchiede, daß dieſe Würdenträger bloße Aufſeher und Vorſteher der öffentlichen Beluſtigungen geworden ſind, welche ſie aus eigenen Mitteln beſtreiten mußten. — Von den chriſtlichen Geiſtlichen haben alle, welche nicht bereits eine nothwendige Excuſation haben, nach römiſch-Juſtinianiſchem Rechte eine freiwillige Entſchuldigung[694]), und dieß galt ſeit einer Conſtitution Juſtinian's auch von Biſchöfen und Mönchen[695]), welche indeß durch ein ſpä-

---

687) L. 10. §. 3. D. 27. 1.

688) Fr. Vat. §. 205. L. 10. §. 4. D. 27. 1. L. 21. §. 2. D. ibid. Vgl. L. 19. D. 27. 1. L. 2. C. 5. 62.

689) Fr. Vat. §. 203. 241. L. 46. §. 2. D. 27. 1.

690) L. 10. §. 4. D. 27. 1.

691) Im Archiv für civil. Praxis, Th. 8, S. 266. Dagegen Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 76.

692) Fr. Vat. §. 148.

693) L. 6. §. 14. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 179. Vgl. L. 1. C. de liberis nat. (5. 27.) Schriftſteller: Vertranius Maurus, de iure liberorum cap. 37, u. Jac. Gothofredus ad L. 1. Th. C. de praed. senat. u. ad L. 2. Th. C. de expens. tud. u. parat. ad Th. C. XVI. 10.

694) L. 52. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) Nov. 123. c. 5. Vgl. Rudorff a. a. O. Th 2, S. 105—110.

695) L. 52. C. 1. 3.

teres Geſetz deſſelben Kaiſers geradezu für unfähig zur Uebernahme der Vormundſchaft erklärt wurden[696]). Die Zuläſſigkeit der anderen Geiſtlichen ward zugleich überhaupt nur auf die Vormundſchaften beſchränkt, zu deren Uebernahme ſie durch die Cognation verpflichtet ſind. Im heutigen Rechte iſt die Excuſation aller Mönche und Geiſtlichen, mit Einſchluß der Biſchöfe eine freiwillige geworden, da Gratian nur die frühere Conſtitution Juſtinian's[697]) in ſein Decret aufgenommen und das ſpätere Geſetz deſſelben Kaiſers ganz übergangen hat. 9) Eine gewiſſe Anzahl von Vormundſchaften in einem und demſelben Hauſe. Nach dem Juſtinianiſch-römiſchen Rechte befreien nämlich drei Vormundſchaften, welche in Einem Hauſe zuſammentreffen, von der Uebernahme der vierten[698]), und nur wenn das zu bewirthſchaftende Vermögen ſehr groß, und die Verwaltung deſſelben ſehr verzweigt iſt, reicht ſchon eine einzige Vormundſchaft zur Excuſation von der zweiten hin[699]). Gleichgiltig iſt es dabei, ob die Vormundſchaften Tutelen oder Curationen ſind[700]). Auch wird nicht erfordert, daß eine und dieſelbe Perſon jene drei Vormundſchaften führe, vielmehr genügt die Anhäufung derſelben in Einem römiſchen Hauſe (domus, caput, familia). Wenn alſo der Hausvater oder der Hausſohn oder ſonſt Jemand aus dem Hauſe drei Vormundſchaften führt, oder wenn auch verſchiedene Glieder deſſelben Hauſes zuſammengenommen nur drei Tutelen verwalten, ſo kann keinem Mitgliede deſſelben eine vierte aufgebürdet werden[701]), und in die Zahl der drei Vormundſchaften wird ſogar die eingerechnet, welche der Väter über ſeine emancipirten Kinder führt[702]). Beſondere Vorausſetzungen dieſes Excuſationsgrundes ſind folgende: a) jede der Vormundſchaften muß ein beſonderes, getrenntes Vermögen haben. Daher gilt das ungetheilte Vermögen dreier und mehrerer fratres consortes allemal nur für Eine Vormundſchaft[703]). b) Das Vermögen einer jeden Vormundſchaft muß wenigſtens nicht unanſehnlich ſein[704]). c) Jede der einzelnen Vormundſchaften muß mit der Verwaltung verknüpft ſein. Daher tutelae honorariae nicht in die Zahl der drei Vormundſchaften eingerechnet werden können[705]). d) Die Vormundſchaften müſſen bereits begonnen haben, auch noch nicht beendigt ſein[706]). Aus dieſem Grunde kann auch eine ſolche

---

696) Nov. 123. c. 5.

697) C. 40. C. 16. qu. 1. Vgl. c. 26. D. 86., c. 1. C. 21. qu. 3. u. c. 14. D. 88. Dieſer Meinung ſind auch van Espen, J. eccl. univ. P. 1. tit. 2. c. 6. §. 6, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 31, S. 319—325.

698) Fr. Vat. §. 125. 190. L. 3. u. 4. pr. D. 27. 1. §. 5. J. 1. 25. Theoph. ad. h. l. ed. Reitz. tom. I. p. 192.

699) L. 31. §. 4. D. 27. 1.

700) L. 2. §. 9. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 125.

701) Fr. Vat. §. 190. L. 5. D. 27. 1. L. 4. §. 1. D. ibid.

702) Fr. Vat. §. 189. 210. L. 15. §. 10. D. 27. 1.

703) Fr. Vat. §. 186. L. 3. D. 27. 1. L. 31. §. 4. D. ibid. §. 5. J. 1. 25. Theoph. l. c. tom. I. p. 192.

704) L. 17. pr. D. 27. 1. L. 31. §. 3. D. ibid.

705) L. 15. §. 9. D. 27. 1.

706) Fr. Vat. §. 126. L. 17. pr. D. 27. 1. L. 8. §. 10. D. ibid. L.

Vormundſchaft nicht eingerechnet werden, welche zwar noch nicht beendigt iſt, aber in höchſtens einem halben Jahre beendet ſein wird[707]. e) Die Vormundſchaften müſſen nicht affectatae ſein, d. h. ſolche, welche Jemand gefliſſentlich geſucht, oder von welchen er ſich, da er es doch konnte, nicht entſchuldigt hat[708]), was der Vermuthung nach wohl namentlich bei kleinen Vormundſchaften der Fall iſt, welche man gern annimmt, um die Excuſation zu erwerben[709]). 10) Die Krankheiten des Körpers und des Geiſtes. Sie gewähren in allen Fällen eine hinreichende Entſchuldigung, wenn ſie bedeutend genug ſind, um den Ernannten an der Führung ſeiner eigenen Geſchäfte zu hindern[710]). Als Beiſpiele ſolcher Krankheiten werden in den römiſchen Rechtsquellen aufgeführt: Wahnſinn[711]), dauernde körperliche Mängel, wie Blindheit, Taubheit, Stummheit[712]), Gicht, Epilepſie, Krätze u. ſ. w. Andere Krankheiten und körperliche Mängel, wie Podogra und Einäugigkeit gewähren nur eine bedingte Excuſation[713]), und es bleibt mithin im concreten Falle dem Urtheile des Richters überlaſſen, zu beurtheilen, ob ein derartiger Mangel zur Excuſation hinreicht oder nicht[714]). Harthörige und Spadonen können die Excuſation gar nicht beanſpruchen[715]). Zum Beweiſe der Krankheit bedarf es in der Regel des Augenſcheins von Seiten des Magiſtrates, doch werden auch ärztliche Zeugniſſe genügen. Die Wirkung der genannten Gebrechen beſteht darin, daß ſie nicht blos von deferirten, ſondern auch von bereits geführten Vormundſchaften frei machen[716]). Die Dauer der Excuſation hängt von der Dauer der Krankheit ab[717]). An die Stelle des Excuſirten wird interimiſtiſch ein anderer Vormund ernannt, deſſen Amt ebenfalls von der Dauer der Vacation abhängt[718]). 11) Das hohe Alter. Unter dieſem Ausdrucke hat man in dieſer Lehre das zurückgelegte ſiebzigſte Jahr zu verſtehen[719]). Den Beweis des Alters hat auch hier wie immer der Excuſant zu führen, und dieſer kann ſich zu dieſem Zwecke nicht allein der Zeugen, ſondern auch der Pädographien als Beweismittel bedienen[720]).

---

un. C. 5. 69. Ueber L. 31. pr. u. §. 3. D. 27. 1. vgl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 65—68.

707) L. 17. pr. D. 27. 1.

708) Fr. Vat. 188. §. 5. J. 1. 25.

709) L. 15. §. 15. D. 27. 1. L. un. C. 5. 69. §. 5. J. 1. 25.

710) Fr. Vat. §. 129. §. 7. J. 1. 25. L. 10. §. 8. D. 27. 1. L. 11. u. L. 40. pr. D. ibid.

711) L. un. C. qui morbo. (5. 67.) L. 10. §. 8. L. 12. pr. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 238.

712) Fr. Vat. §. 130. 238. L. 40. pr. D. 27. 1. L. un. C. 5. 67. Vgl. L. 1. §. 2 u. 3. D. 26. 1. L. 17. D. ibid. L. 10. §. 1. D. 26. 3.

713) Fr. Vat. §. 239. L. 9. C. 5. 62.

714) Fr. Vat. §. 239.

715) L. 11. D. de legit. tut. (26. 4.) L. 15. pr. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 62.

716) Fr. Vat. 238. 239. L. 11. u. L. 40. pr. L. 45. §. 4. D. 27. 1.

717) L. 12. pr. D. 27. 1.

718) L. 10. §. 8. D. 27. 1.

719) §. 13. J. 1. 25. L. 2. pr. D. 27. 1.

720) L. 2. §. 1. D. 27. 1.

Von bereits übernommenen Vormundſchaften befreit dieſes Alter nicht[721]. 12) Die Armuth, wodurch die Thätigkeit des Ernannten völlig für die eigene Subſiſtenz in Anſpruch genommen wird[722]. 13) Der Mangel an Bildung, welche den Vormund unfähig macht, die vormundſchaftlichen Geſchäfte zu führen[723]. Die römiſchen Rechtsgelehrten bezeichnen dieſen Mangel in der Regel mit dem Namen rusticitas[724], und heben in dieſer Kategorie namentlich das litteras nescire hervor, d. h. die Unkunde des Leſens und des Schreibens. 14) Domesticae lites, worunter man jedenfalls Prozeſſe zu verſtehen hat, in welche der ernannte Vormund durch die Verwaltung der Vormundſchaft mit ſeiner Familie, ſeinen nächſten Cognaten und Affinen verwickelt werden würde[725]. 15) Eine Anzahl von Kindern, drei, vier und fünf, je nachdem von einem Römer oder einem Italiener oder einem Provinzialen die Rede iſt[726]. Dieſe Beſtimmung iſt nicht aus der Betrachtung hervorgegangen, daß für einen Vater von einer ſolchen Anzahl Kinder die Vormundſchaft eine zu beſchwerliche unbillige Laſt ſein würde, ſondern ſie ſtützt ſich auf ein Privilegium, welches mit dem ius liberorum zuſammenhängt[727] und in den römiſchen Rechtsquellen nicht der lex Iulia und Papia Poppaea[728], ſondern kaiſerlichen Conſtitutionen zugeſchrieben wird[729]. Die ſpeciellen Erforderniſſe, von welchen dieſe Excuſation abhängt, ſind folgende: a) Es müſſen leibliche Kinder ſein[730]. Daher befreien weder Adoptivkinder von der Uebernahme der Vormundſchaft, noch das vom Kaiſer durch ſpecielles Privilegium erworbene ius liberorum[731]. b) Es müſſen iusti liberi ſein[732]. Zunächſt ward dieß Erforderniß in einem Reſcripte der Divi Fratres hervorgehoben, und es entſtand ein Streit darüber, ob man den Begriff auf die lex Iulia und Papia Poppaea beziehen oder nach dem alten Civilrechte[733] erklären ſollte, bis man ſich endlich allgemein für die letzte Anſicht entſchied. Bei Junianiſchen Latinen, welchen man ebenfalls dieſe Entſchuldigung geſtattete, kam dieſes

---

721) Fr. Vat. §. 238.

722) Fr. Vat. §. 185. 240. L. 7. D. 27. 1. L. 40. §. 1. D. ibid. §. 6. J. 1. 25. In einigen Stellen wird die Armuth mit dem Namen mediocritas bezeichnet. Fr. Vat. §. 244. L. 6. §. 9. D. 27. 1.

723) Fr. Vat. §. 244. L. 6. §. 9. D. 27. 1. §. 8. J. 1. 25. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 194.

724) Vergl. Mühlenbruch, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 446 flg.

725) Fr. Vat. §. 244. L. 23. C. 5. 62.

726) Fr. Vat. §. 191. 192. 247. pr. J. 1. 25. L. 2. §. 2—8. D. 27. 1. L. 1. C. qui numero lib. (5. 66.) Vgl. Heineccius, comm. ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam II. 8.

727) L. 5. §. 2. D. de iure immunitatis. (50. 6.) Fr. Vat. §. 247.

728) Dieſem Geſetze ſchreibt Heineccius a. a. O. dieſe Excuſation zu, indem er ſich ſtützt auf inscr. L. 18. D. 27. 1. L. 16. D. 22. 1. L. 147. D. 50. 16. Vgl. Fr. Vat. §. 197.

729) Fr. Vat. §. 247.

730) Fr. Vat. §. 196.

731) Fr. Vat. §. 170.

732) Fr. Vat. §. 168. L. 2. §. 3. D. 27. 1.

733) Fr. Vat. §. 168, vergl. mit Collatio leg. Mos. 16. 3.

Erforderniß begreiflicher Weiſe in Wegfall[734]). Daß die Kinder in der väterlichen Gewalt ſtehen, iſt nicht erforderlich, da auch emancipirte mitgezählt werden[735]). c) Es müſſen Kinder des erſten Grades ſein. Enkel gewähren dem Großvater nur inſofern die Excuſation, als ſie Sohneskinder ſind[736]), als ſie an die Stelle ihres verſtorbenen Vaters rücken[737]), und mithin ſämmtliche Enkel von einem verſtorbenen Kinde zuſammengenommen nur für einen einzigen Kopf zählen. d) Die Kinder müſſen zur Zeit der Delation der Vormundſchaft am Leben ſein[738]). Daher zählen auf der einen Seite Ungeborene nicht mit, auf der anderen werden die bereits geſtorbenen Kinder nicht mitgerechnet, mit Ausnahme der im Kriege Gefallenen, worunter man nach der in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern angenommenen Erklärung nur gerade die zu verſtehen hat, welche in der Schlacht gefallen ſind[739]). 16) Die ehrenvolle Entlaſſung aus dem Militärdienſte nach vollſtändig abgehaltener Dienſtzeit[740]). Dieß gewährt eine vollſtändige Excuſation für immer, ausgenommen bei der Vormundſchaft über Kameradenkinder, von denen jeder Veteran wenigſtens Eine zu übernehmen hat[741]), und die er nur innerhalb des erſten Jahres vom ehrenvollen Abſchied an gerechnet zurückzuweiſen berechtigt iſt[742]). In der älteren Zeit war der Kriegsdienſt auf dreißig Jahre feſtgeſtellt, und ſpäterhin an deren Statt eine Friſt von zwanzig Jahren geſetzt[743]); bei Reitern wird eine kürzere, bei Seeſoldaten eine längere Dienſtzeit erwähnt. Wird Jemand vor der geſetzlichen Dienſtzeit des Soldateneides entbunden, ſo hat er nur eine temporalis excusatio, welche ſich nach der Dauer des Dienſtes richtet, dergeſtalt, daß er, wenn er noch nicht fünf Jahr gedient hat, gar keine Vacatio beanſpruchen kann; wenn er fünf bis acht Jahr diente, eine einjährige, wenn acht bis zwölf Jahr, eine zweijährige, wenn zwölf bis ſechszehn Jahr, eine dreijährige, wenn ſechzehn bis zwanzig Jahr, eine vierjährige[744]). Daß ſich das Privilegium auch auf ausgediente Officiere bezog, kann heutzutage nach dem Zeugniſſe der Vaticaniſchen Fragmente[745]) nicht mehr bezweifelt werden, wenn ſchon es gewiß iſt, daß die Miſſion, die römiſche

734) Fr. Vat. §. 193. 194.

735) Pr. J. 1. 25.

736) Fr. Vat. §. 198. L. 2. §. 7. D. 27. 1. Pr. J. 1. 25. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 2, S. 140.

737) L. 2. §. 7. D. 27. 1. L. 2. C. 5. 66.

738) L. 2. §. 4. D. 27. 1. Pr. J. 1. 25. Vgl. L. 2. §. 3. L. 14. pr. D. de vacat. (50. 6.)

739) §. 1. J. 1. 25. L. 18. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 199.

740) L. 8. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 140.

741) L. 8. pr. u. §. 10. D. 27. 1. L. 2. C. de excusationibus veteranorum (5. 65.), vergl. mit L. 8. §. 1. D. 27. 1.

742) L. 8. pr. D. 27. 1.

743) L. 1. C. 5. 65. L. 3. C. de his, qui non impletis. (10. 54.) L. 1. Theod. C. de tiron.

744) Fr. Vat. §. 177. L. 8. §. 3. D. 27. 1. L. 1. C. 5. 65.

745) Fr. Vat. §. 145. 222. Vergl. Cuiacius, ad Afric. tract. IV. ad L. 21. D. de test. mil. u. Schulting, notae ad L. 21. cit. tom. V. ed. Small. p. 116.

Verabſchiedungsform ſich nur auf Gemeine beſchränkte und nicht auf Officiere bezog[746]). Im vorjuſtinianiſchen Rechte hatten wohl auch active Officiere nur eine freiwillige Excuſation[747]), im Juſtinianiſchen Rechte, welches alle Soldaten für unfähig zur Uebernahme von Vormundſchaften erklärt, iſt ſie zur nothwendigen geworden. Auch die inquilini castrorum, und ſolche, welche ohne Soldaten zu ſein, doch im Lager um Sold dienen[748]), genießen nach Juſtinianiſchem Rechte eine Excuſation. 17) Das Amt der Primipilaren in der römiſchen Legion, worunter man ſich das Amt der Proviantverwalter in der Armee zu denken hat[749]). Während der Dauer des Amtes iſt der Primipilar von allen Vormundſchaften frei, und nach Beendigung deſſelben hat er ebenfalls das Privilegium, er braucht nämlich dann keine Vormundſchaft über Kinder von Ungenoſſen zu verwalten[750]). Tritt er ſpäter in ſein Amtsverhältniß wieder ein, ſo deponirt er auch die Vormundſchaft über Collegenkinder[751]). 18) Die Athleten oder Kämpfer, welche in den feierlichen Wettſpielen den Preis errungen haben, haben eine Excuſation von allen Vormundſchaften[752]). 19) Die Eigenſchaft als Mitglied einer Corporation, welcher das Recht der Excuſation von Vormundſchaften als Privilegium ertheilt worden iſt[753]). Dieß kann nicht allein bei gewiſſen Zünften, ſondern auch bei gewiſſen ſtädtiſchen Gemeinden der Fall ſein, wie z. B. Antoninus Pius der Stadt Ilium, theils wegen ihrer Berühmtheit, theils wegen ihrer Verwandtſchaft mit dem römiſchen Staate dieß Privilegium verliehen hat[754]). Bei Collegien wird das Privilegium nicht vermuthet, und iſt auch nicht in der Ertheilung der allgemeinen Immunität enthalten[755]). Von den Zünften, welche in den römiſchen Rechtsquellen, als in dieſer Beziehung privilegirt genannt werden, gehören hierher folgende: die fabri, wenn ſie arm ſind[756]); die navicularii, mit Einſchluß der anabolicarii, welche zunächſt wohl nur für die Befrachtung der Schiffe zu ſorgen hatten, doch mit der ausdrücklichen Einſchränkung, daß die Excuſation nicht gegen Kinder von Zunftgenoſſen geltend gemacht werden kann[757]); die mensores frumentarii[758]); die urbici pistores, wenigſtens eine beſtimmte Zahl von ihnen[759]), und nach vorjuſtinianiſchem Rechte alle Innungen Roms, welche auf dem forum suarium Geſchäfte treiben, vorausgeſetzt, daß ſie

---

746) L. 21. D. de testam. mil. (29. 1.)
747) Fr. Vat. §. 145. 222.
748) L. 17. §. 7. L. 23. §. 1. D. 27. 1.
749) Theod. Hermopol. IX. 9. Gloss. Basil. s. v. πριμιπίλου. Cod. de primipilo. (12. 63.)
750) Fr. Vat. §. 141. 143. 178. 180. L. 8. §. 12. D. 27. 1.
751) L. 10. §. 5. D. 27. 1.
752) L. 6. §. 13. D. 27. 1. Vgl. L. un. C. de athletis. (10. 53.)
753) L. 17. §. 1—3. D. 27. 1. L. 26. D. ibid.
754) L. 17. §. 1. D. 27. 1.
755) L. 17. §. 3. D. 27. 1.
756) L. 17. §. 2. D. 27. 1.
757) L. 24. C. 5. 62., vergl. mit L. 17. §. 6. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 137.
758) L. 26. D. 27. 1.
759) L. 46. §. 1. D. 27. 1., vergl. mit Fr. Vat. §. 233. 235. 237.

zwei Dritttheile ihres Vermögens in ihrem Gewerbe angelegt haben, und dieß durch ein Zeugniß des praefectus annonae beſcheinigen[760]), und die decuriales der Stadt Rom, worunter man Innungen von Canzleyperſonen zu verſtehen hat, die letzteren mit der Einſchränkung, daß ſie von der Excuſation bei der Vormundſchaft über die Kinder von Condecurialen keinen Gebrauch machen können[761]). Die zuletzt genannten zwei Corporationen genießen indeß dieß Privilegium nach den Juſtinianiſchen Rechtsquellen nicht mehr. Im Zweifel erſtreckt ſich die an die Zünfte verliehene Excuſation auf die Vormundſchaft über die an demſelben Orte domicilirten Kinder der Corporationsgenoſſen[762]), da eine derartige Auslegung eines neuen Privilegiums bedarf[763]), wie ein ſolches der Bäckerinnung in Rom ausdrücklich verliehen worden iſt. Die Frage, welche Corporationen heutzutage das Privilegium der Excuſation haben, iſt nicht aus dem römiſchen, ſondern aus dem teutſchen Rechte zu beantworten. 20) Ein öffentliches wiſſenſchaftliches Lehramt und Beſtallung als Arzt[764]). Vorausgeſetzt indeß, daß die betreffenden Perſonen in ihrer Vaterſtadt als Lehrer angeſtellt ſind oder mediciniſche Praxis treiben[765]), und daß ſie in die beſtimmte Zahl öffentlicher Lehrer und Aerzte, welche in Hinſicht der Hauptſtädte durch eine Conſtitution von Theodos II. und Valentinian III., hinſichtlich der übrigen Städte aber durch eine epistola von Antoninus Pius näher beſtimmt, und nach der Größe der Stadt und den Gegenſtänden des Unterrichtes verſchieden war, ausdrücklich aufgenommen werden[766]). Die Aufnahme in dieſe Zahl geſchah durch ein Decret des Municipalſenates, welcher die Zahl zwar vermindern, aber nicht vermehren konnte. Nur bei ausgezeichneten und berühmten Lehrern machte man eine Ausnahme, da dieſe, auch wenn ſie nicht zur Zahl der Privilegirten gehörten und an einem fremden Orte fungirten, dennoch in ihrem Vaterlande von der Uebernahme der Vormundſchaften frei waren[767]). Unter den angeſtellten Lehrern werden namentlich folgende genannt: grammatici, d. h. Profeſſoren der lateiniſchen und griechiſchen Sprache und Literatur; oratores, rhetores, sophistae, d. h. Lehrer der Eloquenz, namentlich der gerichtlichen Beredtſamkeit[768]); iuris civilis professores, d. h. Rechtslehrer in Rom[769]), während die in den Provinzen nicht privilegirt ſind[770]), und die philosophi, auch wenn ſie nicht in die geſchloſſene Zahl der Privilegirten aufgenommen worden ſind[771]), wofern ſie nur fleißig

760) Fr. Vat. §. 236. 237. Dahin gehören die suarii, porcinarii, boarii, peruarii.
761) Fr. Vat. §. 142.
762) L. 41. §. 3. L. 42. D. 27. 1.
763) L. 46. §. 1. D. 27. 1. Fr. Vat. 235. 237.
764) L. 6. §. 1—12. D. 27. 1. §. 15. J. 1. 25. Fr. Vat. §. 149.
765) L. 6. §. 9 u. 11. D. 27. 1.
766) L. 6. §. 2—4. D. 27. 1. L. un. C. de stud. lib. urb. Rom. (11. 18.)
767) L. 6. §. 10. D. 27. 1.
768) L. 6. §. 1. 2. 5. 8. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 149. §. 15. J. 1. 25.
769) L. 6. §. 12. D. 27. 1.
770) Fr. Vat. §. 150.
771) L. 6. §. 5. 7. 8. 11. D. 27. 1. Fr. Vat. §. 149.

Unterricht ertheilen und durch ihr Betragen zeigen, daß ſie auf äußere Güter keinen Werth legen [772]). Hiermit ſchließt ſich der Kreis der privilegirten studia liberalia, und von Lehrern anderer Zweige des Wiſſens kann die Excuſation nicht beanſprucht werden. Poeſie und Mathematik ſind ſchon zeitig ausgeſchloſſen worden [773]). Nach der heutigen Praxis haben alle ordentlichen Lehrer bei Schulen, Gymnaſien und Univerſitäten wenigſtens gegen Vormundſchaften über Kinder von Ungenoſſen eine Excuſation. 21) Excuſiren kann ſich der, welchen der Vater des Pupillen aus Feindſchaft, um ihm eine Laſt aufzubürden, zum Vormund beſtellt hat [774]). 22) Prozeſſe zwiſchen dem ernannten Vormund und dem Mündel über Gegenſtände, welche den wichtigſten Beſtandtheil des Mündelvermögens bilden, und über Erbſchaften [775]). 23) Das Zuſammentreffen mehrerer unvollſtändigen Excuſationsgründe in einer Perſon bildete im vorjuſtinianiſchen Rechte nach der Meinung Einiger einen wahren Excuſationsgrund [776]), welcher indeß im Juſtinianiſchen Rechte ausdrücklich verworfen worden iſt [777]).

Am Schluſſe dieſer Abhandlung ſind noch einzelne beſondere Curationen genauer zu erörtern.

1) **Cura furiosi** [778]). Dieſe Curation hat ihre Quelle im Zwölftafelgeſetze, welches ſie als eine potestas der Agnaten und Gentilen über die Perſon und pecunia des Pflegbefohlenen darſtellt [778a]). Die Erforderniſſe, unter welchen ſie eintritt, iſt erſtens eine beſtimmte Art Gemüthskrankheit (furor), zweitens ein beſtimmtes Alter. In Betreff des erſten Erforderniſſes nimmt man gewöhnlich einen Unterſchied zwiſchen furor und dementia an [779]), und erklärt das letzte Wort vom ſtillen Wahnſinn, das erſtere von einer Geiſtesverwirrung, welche mit Ausbrüchen von Wuth und Raſerei verbunden iſt. Doch ſcheint der Begriff des furor richtiger in Betreff der Curation ſo beſtimmt werden zu müſſen, daß man darunter die völlige Zerrüttung des Geiſtes verſteht, gleichviel, ob ſie

772) L. 6. §. 7. D. 27. 1. Vergl. L. 8. §. 4. D. de vacat. (50. 5.) L. 6. C. de mun. patrim. (10. 41.) L. 1. §. 4. D. de extraord. cognit. (50. 13.)

773) Vat. fr. §. 150. L. 3. C. de profess. (10. 52.)

774) L. 6. §. 17. D. 27. 1. §. 9. J. 1. 25.

775) L. 21. pr. D. 27. 1. §. 4. J. 1. 25., vergl. mit L. 16. u. 21. C. 5. 62. Vat. fr. §. 139. L. 20. D. 27. 1.

776) L. 15. §. 11. D. 27. 1.

777) L. 15. §. 11. D. 27. 1. L. un. C. qui numero tut. (5. 69.)

778) Literatur: **Leyser**, de curatore furiosi med. ad Pand. spec. 347. **von Bergk**, über die mit der Vormundſchaft über Gemüthskranke verbundenen Rechte und Obliegenheiten in den juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle, Nr. XIX, S. 219. **Glück**, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 200—310. **Rudorff**, das Recht der Vormundſchaft, Th. 1, S. 118—128.

778a) **Cic.** de invent. II. 50., Tusc. quaest. III. 5., de rep. III. 33. Auctor ad Herennium I. 13. **Ulp.** fr. 12. 2. §. 3. J. de curat. (3. 23.) L. 3. pr. D. 26. 1. L. 13. D. de curat. furiosi. (27. 10.) Vergl. **Dirkſen**, Zwölftafelfragmente, S. 369—380.

779) L. 6. D. 27. 10. L. 8. §. 1. D. 26. 5. L. 28. §. 1. C. 5. 37. L. 25. C. de nuptiis. (5. 4.) L. 28. C. de episcopali aud. (1. 4.)

dauernd oder vorübergehend und mit lichten Zwiſchenräumen verbunden iſt[780]). Weiter ging die ſpätere Praxis, welche auch alle Geiſtesſchwachen (mente capti, fatui, dementes) unter eine Dativcuratel ſtellte[781]). Die Unterſuchung über das Vorhandenſein des furor liegt dem Prätor ob[782]), und es wird ihm dabei namentlich zur Pflicht gemacht, darauf zu ſehen, daß vom Curanden der furor nicht blos fingirt werde in der Abſicht, ſich den öffentlichen Laſten zu entziehen. Das andere Erforderniß der Curation, ein gewiſſes Alter, beruht auf der Rechtsdoctrin, welche zunächſt auf die Auctorität des Quintus Mucius und Julianus hin eine beſondere Curation nicht zuließ, falls der Wahnſinnige ſchon ſeines Alters halber in der Pupillentutel ſtand[783]), und als ſpäterhin auch noch die cura minorum hinzutrat, wurde das Nämliche auch für dieſe Gattung von Vormundſchaften angenommen[784]), und ſo iſt es für das Pandektenrecht allgemeine Regel geworden, auf den beziehe ſich die cura furiosi und mente capti nicht, welcher ſchon ſeines Alters halber unter Tutel oder Curatel ſtehe. Das Geſchlecht macht in Betreff der Curation keinen Unterſchied, da zweifelsohne auch Frauen darunter ſtehen[785]). — Die Dauer der Curation beſtimmt ſich nach der Dauer der Krankheit. Daher erliſcht ſie von ſelbſt (ipso iure), wenn der Wahnſinn oder der Blödſinn aufhört, ohne daß es dazu eines Decretes der Obrigkeit bedarf[786]). Falls die Geiſteskrankheit intermittirend iſt, bleibt wegen der Ungewißheit der wirklichen Herſtellung und wegen der nie ganz aufgehobenen Möglichkeit eines Rückfalles nach einer beſonderen Verfügung Juſtinian's der Curator bis zum Tode des Pflegbefohlenen im Amte[787]), doch muß ſich derſelbe während der lichten Zwiſchenräume aller Amtshandlungen enthalten, und hat mithin nur den Namen eines Curators, während der Pflegbefohlene für dieſe Zeit nicht allein Erbſchaften antreten, ſondern auch alle Rechtsgeſchäfte ſo giltig wie jeder Andere, welcher ſeines Verſtandes mächtig iſt, abſchließen kann.

2) Cura prodigi[788]). An die cura über Wahnſinnige ſchließt ſich die über gerichtlich erklärte Verſchwender. Sie beruht zunächſt auf

---

780) Cic. Tusc. quaest. III. 5. L. 14. pr. D. de off. praes. (1. 18.) L. 20. §. 4. D. qui testam. facere. (28. 1.) L. 6. C. 5. 70. L. 9. C. qui testam. facere poss. (5. 22.)

781) §. 4. J. 1. 23. L. 1. §. 11. u. L. 2. D. de postulando. (3. 1.) L. 19. §. 1. D. de rebus auctor. iud. possid. (42. 5.)

782) L. 6. D. 27. 10.

783) L. 3. pr. D. 26. 1.

784) L. 3. §. 1. D. 26. 1. L. 1. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23.

785) L. 1. §. 10. L. 2. D. 3. 1. L. 8. §. 3. D. 26. 5. L. 4. D. 27. 10. L. 15. §. 1. D. ibid. L. 4. C. 5. 70.

786) L. 1. pr. D. 27. 10.

787) L. 6. C. 5. 70.

788) Literatur: Hoppe, Verſuch, die Lehre von juridiſchen Verſchwendern ſyſtematiſch zu bearbeiten. Darmſtadt 1803. Wael, diss. de prodigis, Groening. 1806. Wickerling, de cura prodigorum secundum principia iuris Romani et hodierni, L. B. 1821. Geſterding, über die cura prodigi, in deſſen Ausbeute von Nachforſchungen, Th. 1, Nr. 2, S. 47—70. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 181 flg. Rudorff, die Lehre von der Vormundſchaft, Th. 1, S. 129—141.

dem Grundſatze, daß einem Verſchwender das Commercium und die Adminiſtration des eigenen Vermögens durch den Magiſtrat gänzlich verboten werden könne, und dieſer Grundſatz ſchreibt ſich aus dem Gewohnheitsrechte her und der Gerichtspraxis, welches ſogar über die Zeit der zwölf Tafeln hinauf reicht[789]). Dieſe Interdiction beſtätigte das Zwölftafelgeſetz und verfügte zugleich, daß ſolche Perſonen unter der Curation ihrer Agnaten, und wahrſcheinlich auch ihrer Gentilen, ſtehen ſollten[790]), und in ſpäteren Zeiten hat ſich für ſolche Fälle, in welchen dieß Geſetz und ſeine Interpretation die geſetzliche Curation ausgeſchloſſen, wie bei Libertinen und ſolchen Freigeborenen, welche ihren Vater nicht ab intestato beerbt haben, oder in welchen dieſelbe wegen Unfähigkeit des geſetzlichen Vormundes nicht wirkſam werden konnte, zur Aushilfe eine Dativcuratel gebildet[791]). Die Erforderniſſe der Curatel ſind folgende: a) es muß ein Verſchwender (prodigus, eversor) da ſein. Die römiſchen Rechtsquellen beſtimmen dieſen Begriff ſo, daß dazu nicht allein eine Verwendung des Vermögens auf unnütze Dinge, oder eine Contrahirung von Schulden zu dieſem Zwecke, ſondern auch ein Mißverhältniß zwiſchen dieſen Ausgaben und dem Capital des Vermögens gehört, dergeſtalt, daß dieß letztere über kurz oder lang conſumirt werden würde, wenn man jener unverſtändigen Adminiſtration nicht Einhalt thäte[792]). Das Geſchlecht des Curanden iſt gleichgiltig, da auch Frauen unter dieſer Curatel ſtehen[793]). b) Der Verſchwender muß als ſolcher gerichtlich anerkannt und ihm die Verwaltung ſeines Vermögens durch die Obrigkeit entzogen ſein[794]). Das Recht zu einer ſolchen Prodigalitätserklärung ſteht nach Juſtinianiſchem Rechte in Rom dem Prätor und praefectus urbi, in den Provinzen den Statthaltern derſelben zu[795]), und in Teutſchland iſt dazu jedes Civilgericht befugt. Die Erklärung ſelbſt erfolgt nur auf den Antrag der nächſten Cognaten und Affinen[796]) oder ſonſtigen Intereſſenten, und zwar mit den Worten: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi tua re commercioque interdico[797]). Dieſes Urtheil heißt

789) L. 1. pr. D. 27. 10. Paull. S. R. III. 4. A. §. 7. Vgl. Cic. de sen. c. 7.

790) L. 1. pr. D. 27. 10., vergl. mit Ulp. fr. 12. 2. L. 13. D. 27. 10. §. 3. J. 1. 23.

791) Ulp. fr. 12. 3. §. 3. J. 1. 23. L. 1. pr. u. L. 13. D. 27. 10.

792) L. 1. pr. D. 27. 10. Qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit. Paull. S. R. III. 4. A. §. 7. In der Interdictionsformel heißt es: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis. Vgl. L. 12. §. 2. D. 26. 5.

793) Paulli S. R. III. 4. A. §. 6. L. 15. D. 27. 10.

794) L. 10. pr. D. 27. 10. L. 18. pr. D. 28. 1. §. 2. J. quibus non est permiss. (2. 12.)

795) §. 2. J. 1. 23. L. 1. pr. D. 27. 10.

796) Auch im römiſchen Rechte finden ſich Spuren dieſer Poſtulation. L. 12. §. 2. D. 26. 5. Val. Max. VIII. 6. In L. 1. pr. D. 27. 10. iſt dieſe Poſtulation hinzuzudenken.

797) Paull. S. R. III. 4. A. §. 7.

in der Kunſtſprache interdictum [798]), und hat die Wirkung, daß der Verſchwender die deminutio oder das ius in bonis, d. h. das Recht Veräußerungen vorzunehmen, verliert [799]), mithin nicht giltig zahlen, transigiren, Eide antragen kann [800]), daß er ferner nicht giltig Promiſſionen leiſten, alſo ſich nicht verbürgen, auch nicht iudicia übernehmen darf [801]), und daß er endlich das Commercium und, was als Theil deſſelben angeſehen wird, die testamenti factio verliert [802]). Weiter aber erſtrecken ſich die Wirkungen der Interdiction nicht; daher kann der erklärte Verſchwender für ſich erwerben, ſich bereichern, ſich etwas verſprechen laſſen, Schenkungen annehmen, zum eigenen Vortheile Novationen eingehen, Erbſchaften antreten u. ſ. w. [803]) Und wenn Pomponius dem Verſchwender den Willen abſpricht [804]), und die Kaiſer Diocletian und Maximian den Zuſtand deſſelben mit dem des Minderjährigen, welcher einen Curator hat, vergleichen [805]), ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſolche Aeußerungen unter den angegebenen Beſchränkungen nur von der Deminutio, der Promiſſion und dem Commercium verſtanden werden können. c) Der Verſchwender muß großjährig ſein. Schon die nahe Verbindung der vorliegenden Curation mit der über den Wahnſinnigen [806]) deutet darauf, daß man zeitig das Zwölftafelgeſetz hier auf ähnliche Weiſe, wie dort, gedeutet haben werde, und für das claſſiſche Recht ſteht die Regel feſt, daß wer ſchon ſeines Alters wegen unter Tutel oder Curatel ſteht, nicht beſonders wegen Prodigalität bevormundet werden könne [807]). — Iſt die Curation einmal angeordnet, ſo dauert ſie ſo lange fort, bis ein Grund eintritt, welcher ihr Erlöſchen herbeiführt. Ob dieß ſchon durch die Veränderung der Lebensweiſe und der Annahme einer häuslicheren Wirthſchaft hervorgebracht werde, iſt nach den Anſichten der neueren Rechtsgelehrten ungewiß, von denen Donellus [808]) für dieſe Meinung ſich ausſpricht, indem er ſich auf mehrere allgemein ſprechende Stellen der claſſiſchen Rechtsgelehrten bezieht [809]), während Andere zum Erlöſchen der Curation noch ein Decret des Prätors, welches die Interdiction aufhebt, verlangen [810]), und gerade dieß in den betreffenden Stellen der alten Claſſiker hinzudenken.

---

798) Horat. Sat. II. 3. vs. 217.

799) L. 10. pr. D. 27. 10., vergl. mit L. 3. C. de in integrum rest. (2. 22.) L. 26. D. de C. E. (18. 1.) L. 6. D. 45. 1.

800) L. 29. D. de cond. ind. (12. 6.) L. 35. §. 1. D. de iureiur. (12. 2.)

801) L. 6. D. 45. 1. L. 9. §. 7. D. de R. C. (12. 1.) L. 18. §. 2. D. de castr. pecul. (49. 17.)

802) Paull. S. R. III. 4. A. §. 7 u. 12. Ulp. fr. 20. 13. L. 18. pr. D. 28. 1. §. 2. J. 2. 12.

803) L. 9. §. 7. D. 12. 1. L. 6. D. 45. 1. L. 3. D. de novat. (46. 2.)

804) L. 40. D. de R. I. (50. 17.)

805) L. 3. C. 2. 22.

806) Vgl. Jacobus Gothofredus, quatuor fontes iur. civ. p. 170. Darauf deutet auch die Zuſammenſtellung beider Curationen in Ulp. fr. 12. 2. L. 13. D. 27. 10. §. 3. J. 1. 23.

807) L. 1. C. 5. 70. §. 3. J. 1. 23.

808) Comm. de iure civili III. c. 22. §. 8.

809) Paull. S. R. III. 1. A. §. 12. L. 1. pr. D. 27. 10.

810) So Duarenus ad L. 6. D. de V. O. Schulting, not. ad

3) **Cura debilium personarum**, d. h. über preßhafte Perſonen. Nach Analogie der Curation über Wahnſinnige und Verſchwender hat ſich durch die Praxis der vormundſchaftlichen Behörden der Grundſatz ausgebildet, daß man Allen, welche wegen körperlicher Gebrechen ihre eigenen Angelegenheiten nicht ſelbſt verwalten können (qui propter infirmitatem rebus suis superesse non possunt), wenn ſie nicht mehr unter der Pupillentutel und der cura minorum[811]) ſtehen, Vormünder beſtellen könne[812]) und müſſe. So entſtand die Curation über preßhafte Perſonen, welche nach römiſchen Anſichten nur eine cura dativa iſt[813]), und nur auf den ſpeciellen Antrag zur Beſtellung eines Curators ſtattfinden kann[814]). Dieſer Antrag geht in der Regel von der preßhaften Perſon ſelbſt aus; an ihre Stelle können aber auch andere Perſonen treten, in welchem Falle dann die Regeln, die in der cura minorum gelten, entſcheiden. Die Zahl der preßhaften Perſonen iſt in den römiſchen Rechtsquellen nicht geſchloſſen; als Beiſpiele kommen in denſelben vor Taube und Stumme[815]), ferner hi, qui perpetuo morbo laborant[816]). Ausgeſchloſſen ſind Blinde und alte Leute, ſelbſt wenn ſie durch das Alter zur Führung ihrer Geſchäfte unfähig geworden, da ſie ſich einen Stellvertreter ernennen können[817]). Nach teutſchem Rechte können indeß nicht allein Blinde und Greiſe, d. h. Leute über ſechszig Jahre, ſondern auch Lahme ſich von der Obrigkeit Curatoren erbitten, welche natürlich mit der von ihren Pflegbefohlenen wieder erlangten Geſundheit und Geſchäftsthätigkeit wieder abtreten, ohne daß es eines Decretes der Obrigkeit dazu bedürfte, ſo daß bei wiederholter Kränklichkeit eine neue Bevormundung eintritt.

4) **Cura minorum**[818]). Je weniger aus Mangel an juriſtiſchen Quellen für die ältere Zeit, und wegen der Vieldeutigkeit der uns erhaltenen alten Zeugniſſe mit Beſtimmtheit angegeben werden kann, ob und inwiefern die erſten Anfänge der cura minorum XXV annis in der

---

Dig. tom. IV. p. 505. Reinold Varior. c. 41. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen, Th. 1, S. 55. Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens, §. 322. Rudorff a. a. O. Th. 3, S. 230, 231.

811) Arg. L. 3. pr. u. §. 1. D. 26. 1.

812) L. 2. D. 27. 10. L. 12. pr. u. §. 1. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23.

813) L. 2. D. 27. 10. L. 12. pr. u. §. 1. D. 26. 5. L. 8. §. 3. D. ibid. §. 4. J. 1. 23.

814) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 33, S. 255.

815) L. 3. §. 3. D. de postulando. (3. 1.) L. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 8. §. 3. u. L. 12. pr. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23.

816) L. 2. D. 27. 10. L. 12. D. 26. 5. §. 4. J. 1. 23. L. 3. §. 4. D. 3. 1.

817) Paull. S. R. IV. 12. §. 9.

818) Unter den neueren Rechtsgelehrten, welche dieſe Lehre bearbeitet haben, verdienen beſondere Aufmerkſamkeit Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 29, S. 473 flg., Th. 30, S. 1—34. Rudorff, Lehre von der Vormundſchaft, Th. 1, S. 91—108. Savigny, von dem Schutze der Minderjährigen im römiſchen Rechte, und insbeſondere von der lex Plaetoria in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft, Bd. 10, S. 232—297. Der zuletzt genannte Schriftſteller gibt auch S. 235, Note 1, eine Ueberſicht der hierher gehörigen älteren Literatur.

lex Plaetoria zu ſuchen ſind, um ſo zweckmäßiger ſcheint es für die gegenwärtige Unterſuchung, welche zunächſt nur das praktiſch = Juſtinianiſche Recht ſich zur Aufgabe der Darſtellung macht, von der Conſtitution des Marcus Antoninus Philoſophus auszugehen, durch welche dieſe cura erſt dauernd begründet, und welche auch die Grundlage für das claſſiſche Pandektenrecht geworden iſt [819]). Der Begriff „Minderjährige", welcher zunächſt in Betracht kommt, iſt hier nicht buchſtäblich zu nehmen, ſondern nur auf die puberes minores XXV annis zu beziehen. Es ſtehen alſo unter dieſer Curatel nur adulti [820]) oder adolescentes [821]), d. h. Perſonen, welche über 14 und reſp. 12 Jahr alt ſind, aber das 25. Jahr noch nicht vollendet haben. Körperliche und geiſtige Reife und Geſchlecht machen in Betreff dieſer Curation ſo wenig Unterſchied, daß minderjährige Frauen, neben ihrem Geſchlechtstutor zum Auctoriren, auch noch den Minoritätscurator zur Verwaltung ihres Vermögens haben [822]). Die Beſtellung des Curators iſt der Obrigkeit zur Pflicht gemacht worden, und ihre Competenz wird nach den allgemeinen Regeln beurtheilt. Ihrer Natur nach iſt dieſe Curatel eine freiwillige, da es noch im Juſtinianiſchen Rechte allgemeine Regel iſt, daß Minderjährigen nur unter ihrer Einwilligung und auf ihr ausdrückliches Verlangen Curatoren zugeordnet werden [823]), doch wird es wohl nur ausnahmsweiſe vorgekommen ſein, daß Minderjährige, welche Vermögen hatten, ohne Alterscuratoren waren [824]), da in der Lehre von der Petition und Poſtulation des Curators Gründe genug vorliegen, welche den Minderjährigen beſtimmen mußten, ſich zur Erbittung eines Curators auch gegen die eigene Neigung zu entſchließen, ſo daß, wenn er ſelbſt mit der Erbittung zögerte, das Erbittungsrecht auf die Cognaten, Tutoren und ſonſtigen Intereſſenten überging. In dieſer Petition lag zugleich das Recht, eine beſtimmte Perſon dem Prätor zur Uebernahme der Curation zu präſentiren, doch konnte die Beſtätigung nicht ohne vorherige Inquiſition erfolgen [825]). — War der Curator einmal ernannt, ſo hatte er für ſich allein und ohne Zuziehung des Minderjährigen an dem Vermögen deſſelben ein eben ſo freies Verwaltungsrecht, als während der Unmündigkeit der Tutor [826]). Gegenſtand der Verwaltung war das Vermögen, welches ihm der Prätor zur Verwaltung zugewieſen, und das alſo zur Zeit ſeiner Ernennung bereits vorhanden ſein mußte, wenn ſchon im Zweifel die Verwaltung auf

---

819) L. 1. §. 3. D. de minor. (4. 4.) Capitolin. Marc. cap. 10. Vgl. Savigny a. a. O. Th. 10, S. 262.

820) So ſchon in L. 1. §. 3 u. 4. D. 26. 7.

821) L. 1. §. 3. D. 4. 4. §. 2. J. 1. 23. etc.

822) Vat. fr. §. 110. L. 13. §. 2. D. 26. 5.

823) §. 2. J. 1. 23. L. 13. §. 2. D. 26. 5. etc. Vgl. Savigny a. a. O. Th. 10, S. 274.

824) L. 3. C. de in integr. rest. minorum. (2. 22.) L. 7. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.) L. 6. C. qui petant. (5. 31.)

825) L. 13. §. 2. D. 26. 5.

826) L. 1. §. 3. 4. D. 26. 7. L. 14. §. 7. D. 46. 3. L. 7. §. 2. D. 4. 4. L. 1. §. 2. D. 27. 9.

das ganze Vermögen des Mündels ausgedehnt ward [827]). Erhielt das Vermögen des Mündels in der Folge einen Zuwachs, ſo mußte ein neuer Curator dafür erbeten, oder der Zuwachs dem alten Curator ausdrücklich zur Verwaltung überwieſen werden. Das Verhältniß des Adulten zum Curator iſt ein anderes, als das des Pupillen zu ſeinem Tutor. Denn da beide Geſchlechter nach erreichter Pubertät die unumſchränkte Adminiſtration ihres Vermögens nach älterem Rechte erhielten, ſo erſcheint der den Adulten beigeordnete Curator nicht als eine Perſon, welche, wie der Pupillentutor, die dem Pupillen mangelnde Perſönlichkeit ergänzt, ſolche vielmehr als eine ſolche, welche die volle Handlungsfähigkeit der Adulten in Betreff der Verwaltung ihres Vermögens durch ſein Dazwiſchentreten beſchränkt. Dieſe Anſicht wird auch durch die Art und Weiſe beſtätigt, wie das claſſiſche Pandektenrecht das Verhältniß der Adulten gegen Dritte darſtellt [828]). Es können Adulten nämlich ohne Beitritt ihres Curators ſich ſelbſt durch Stipulationen verbindlich machen [829]), ferner Erbſchaften antreten oder die ihnen angebotene bonorum possessio annehmen [830]), Reſtitutionen von Erbſchaften vornehmen [831]), Zahlungen machen [832]) und über eigene Forderungsrechte und Klagerechte ſo unumſchränkt disponiren, daß ſie dieſelben cediren [833]), noviren, remittiren [834]), ſich deßhalb vergleichen [835]), Eide darüber zuſchieben [836]), und ſelbſt Zahlungen mit voller Liberationswirkung annehmen können [837]), die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand natürlich vorbehältlich, wenn nachgewieſen wird, daß der Adulte durch eine dieſer Handlungen in Schaden gekommen. Damit hängt es ferner zuſammen, wenn berichtet wird, daß Verkäufe, welche der Minderjährige ohne den Conſens ſeines Curators abgeſchloſſen hat, nur auf dem Wege der Reſtitution angefochten werden können [838]). Eine ſolche Reſtitution wäre aber undenkbar, wenn das Geſchäft, gegen welches dieſelbe gewährt wird, in dieſem Falle von Anfang an nichtig wäre. Auch iſt den Adulten aus dem alten Rechte die Fähigkeit zu feierlichen civilen Rechtsgeſchäften, wie Teſtamente, im Ganzen

---

827) L. 6. C. 5. 75. L. 3. C. 2. 22.

828) Vergl. Marezoll, in wie weit kann nach römiſchem Rechte ein Minderjähriger, welcher einen bleibenden Curator hat, ſich ohne den Conſens dieſes ſeines Curators durch Verträge verpflichten; in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Th. 2, S. 374—447. Rudorff, das Recht der Vormundſchaft, Th. 2, S. 283—292.

829) L. 101. D. 45. 1. L. 43. D. 44. 7.

830) L. 12. C. de iure deliberandi. (6. 30.) L. 8. pr. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.)

831) L. 1. §. 13 u. 14. D. 36. 1.

832) L. 3. §. 2. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) Tit. Cod. 2. 33. Si adversus solutionem a tutore, vel a se factam.

833) Vat. fr. §. 326.

834) L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)

835) L. 96. §. 1. D. 46. 3. L. 2. C. si adversus transact. (3. 32.)

836) L. 9. §. 4. D. de iureiur. (12. 2.) L. 4. pr. D. de iureiur. in lit. (12. 3.)

837) L. 7. §. 2. D. de minor. (4. 4.)

838) L. 3. C. de in integr. rest. minor. (2. 22.)

verblieben. Nur die Arrogation iſt ſeit Claudius ohne Einwilligung aller Alterscuratoren nicht mehr möglich[839]), und das Nämliche gilt von allen Rechtsgeſchäften, durch welche das Ende der Curatel ſofort herbeigeführt wird [840]). Im ſpäteren römiſchen Rechte iſt den Minderjährigen auch die legtima persona standi in iudiciis abgeſprochen worden, und zwar zuerſt in Civilſachen [841]), ſpäter auch in Criminalſachen [842]), ſelbſt bei Appellationen[843]). Hat aber der Adulte ohne Beiſtand des Curators prozeſſirt, ſo wird die aus dem Urtheil entſtehende actio iudicati und exceptio nur ihm ſelbſt, nicht aber gegen ihn geſtattet. Und um dergleichen Inconvenienzen zu vermeiden, iſt dem Gegner, welcher dabei intereſſirt iſt, das Recht ertheilt worden, einen Prozeßcurator für den Unmündigen zu erbitten, wenn dieſer keinen Curator hat und mit der Erbittung widerrechtlich zögert [844]). Die Dauer der cura minorum währt gewöhnlich bis zur Volljährigkeit, welche nach römiſchen Anſichten mit der Vollendung des fünfundzwanzigſten Jahres eintritt und in den römiſchen Geſetzen bald legitima aetas, bald perfecta, statuta, iusta, matura aetas genannt wird. Die Zeit wird dabei nicht civiliter, ſondern naturaliter, d. h. nach Kalendertagen berechnet, ſo daß ſelbſt, wer am Schalttage geboren iſt, erſt mit Erreichung der Stunde und Minute der Geburt majorenn wird [845]). Auch durch die Jahrgebung (venia aetatis) erliſcht die Curation [846]). Dieſe Jahrgebung wurde im älteren Rechte als ein Act der geſetzgebenden Gewalt betrachtet [847]), und hing ganz von der Willkür des Kaiſers ab. Die Bedingungen, an welche dieß Privilegium im Juſtinianiſchen Rechte geknüpft iſt, ſchreiben ſich aus einer Conſtitution von Conſtantin dem Großen[848]) her, welche mit einigen Weglaſſungen und Interpolationen in den Juſtinianiſchen Codex eingetragen worden. Dieſe Bedingungen ſind im Einzelnen folgende: 1) der Minderjährige muß ein gewiſſes Alter erreicht haben, welches in den Rechtsquellen firmata aetas heißt, und nach der Verſchiedenheit des Geſchlechtes verſchieden iſt; nämlich bei Männern wird das vollendete zwanzigſte, bei Frauen das vollendete achtzehnte Jahr verlangt[849]). 2) Der Minderjährige muß ſich dann mit der Supplik um Erlaß der übrigen Mündigkeitsjahre an den Kaiſer wenden, wofür er indeß nicht noch ſpecielle Gründe

---

839) L. 8. D. de adoptionibus. (1. 7.) L. 3. §. 6. D. 4. 4.

840) L. 5. C. de auctoritate praestanda. (5. 59.)

841) L. 1. u. 2. C. qui legitimam personam. (3. 6.) L. 1. C. in quibus causis in integrum. (2. 41.) L. 7. C. ad legem Iul. de adult. (9. 9.)

842) L. 4. C. 5. 59.

843) L. 10. C. de appell. (7. 62.)

844) §. 2. J. 1. 23. L. 2. C. 3. 6. L. 1. C. qui petant. (5. 31.)

845) L. 3. §. 3. D. 4. 4.

846) L. 1. C. de his, qui veniam aetatis. (2. 45.)

847) L. 1. u. 2. pr. u. 3. C. 2. 45.

848) L. un. Cod. Theod. de his, qui veniam aetatis impetraverunt. (2. 17.) L. 2. C. de his, qui veniam aetatis impetraverunt. (2. 45.) Vgl. Marezoll, Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem röm. Civilrechte; in Grolman's Magazin, Bd. IV, S. 397—401.

849) L. un. §. 3. Th. C. 2. 17. L. 2. pr. u. §. 1. C. 2. 45.

anzuführen braucht. Auf dieſe Supplik ertheilt dann der Kaiſer das Privilegium in der Form des Reſcriptes, welches nach dem Empfange 3) der Impetrant den competenten Behörden inſinuiren muß. Ueber die Competenz dieſer Behörden in Rom verfügte zuerſt Conſtantin, daß für Senatoren der praefectus urbi, für perfectissimi der vicarius urbis, für equites Romani und alle übrigen Bürger der praefectus vigilum, für navicularii der praefectus annonae das rechte Forum ſein ſollte[850], und Juſtinian hat durch Interpolation für Conſtantinopel bei Senatoren den praefectus urbi, bei allen Uebrigen den praetor plebis, in den Provinzen aber ohne allen und jeden Unterſchied der Perſon den Statthalter der Provinz für competent erklärt[851]. Männer müſſen vor dieſen Behörden in Perſon erſcheinen, Jungfrauen und Frauen können ſich auch durch ein Procurator vertreten laſſen[852]. 4) Der Impetrant muß vor dieſer Obrigkeit den Beweis führen, daß er das erforderliche Alter habe und daß er bisher einen ehrbaren Lebenswandel geführt. Männer ſollen ihr Alter durch ſchriftliche Documente und ihre gute Aufführung durch Zeugen beweiſen; Frauen haben nur ihr Alter durch wenigſtens fünf Zeugen zu beweiſen, ihr Ruf muß durch Notorietät gewiß ſein[853]. Ueber die Beweisführung erfolgt ein richterlicher Beſcheid, welcher nichtig iſt, ſobald er ohne geführten Beweis die Erforderniſſe als vorhanden angenommen hat[854]. Die Wirkung der Jahrgebung iſt die, daß von derſelben an die Alterscuration aufhört, der Minderjährige die Verwaltung ſeines Vermögens bekommt (doch iſt er noch bei dem Verkaufe von Grundſtücken bis zur Volljährigkeit an den obrigkeitlichen Conſens gebunden)[855], und daß er für alle nach der Jahrgebung abgeſchloſſenen Geſchäfte das Rechtsmittel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand verliert[856]. — Was die heutige Anwendbarkeit der cura minorum anbetrifft, ſo iſt ſie durch den Einfluß des teutſchen Rechtes ihres ſelbſtſtändigen Charakters beraubt und mit der Pupillentutel inſofern verſchmolzen worden, als ein und derſelbe Vormund das Vermögen des Mündels bis zur teutſchrechtlichen Volljährigkeit ohne Unterbrechung fortverwaltet. Am intereſſanteſten werden in dieſer Beziehung die teutſchen Reichsgeſetze[857], welche zwiſchen Pupillentutel und cura minorum nur einen Namensunterſchied annehmen, während ſie der Sache nach beide Vormundſchaften für ein und dieſelbe Vormundſchaft anſehen, welche noch dazu von einer und derſelben Perſon ohne Unterbrechung verwaltet wird, und damit ſtimmt auch die gemeine teutſche Praxis vollkommen überein. In der That iſt

850) L. un. §. 2. Th. C. 2. 17.
851) L. 2. §. 2. C. 2. 45.
852) L. un. pr. §. 1. Th. C. 2. 17. L. 2. pr. §. 1. C. 2. 45.
853) L. 2. §. 1. C. 2. 45.
854) L. 2. §. 3. C. 2. 45.
855) L. 2. §. 2. C. 2. 45. L. 3. C. ibid., vergl. mit L. 10. C. de appellat. (7. 62.)
856) L. 1. C. 2. 45.
857) Reichspolizeiordnung von 1548, Tit. 31, §. 1, und von 1577. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 114 flg.

alſo hierin das Juſtinianiſche Recht bei ſeinem Uebergange nach Teutſchland völlig umgebildet worden, nicht als ob man geglaubt hätte, es ſei unzweckmäßig und man müſſe es abſichtlich ändern, ſondern man verſtand es vielmehr gar nicht, und ſah daher hiſtoriſch irrig, aber dem praktiſchen Bedürfniſſe ganz entſprechend, als bloßen Namenunterſchied an, was doch in der Sache ſelbſt ſehr verſchieden war [858]).

5) Cura pupillorum [859]). In den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern wird neben der Tutel über Pupillen auch noch eine Curatel über dieſelben erwähnt, über deren Bedeutung unter den neueren Juriſten viel Streit herrſcht. Nach der gewöhnlichen Meinung bezieht ſich dieſe Curation auf die ſeltenen Fälle, in welchen der Pupill ſchon einen Tutor hat, dieſe Tutel aber ausnahmsweiſe aus irgend einem Grunde unwirkſam iſt [860]). Allein wenn dieſe Anſicht auch ſcheinbar eine Stelle der Juſtinianiſchen Inſtitutionen für ſich hat [861]), ſo ergibt ſich doch aus der Vergleichung der übrigen Rechtsquellen, daß der Vormund eines Pupillen, wenn er durch das Geſetz beſtimmt wird, allemal ein Tutor iſt; bei letztwilliger und obrigkeitlicher Vormundſchaft aber kann er eben ſo gut Curator als Tutor ſein, da eines Theils nach ſpäteren Grundſätzen auch der Curator, welchen der Erblaſſer dem Pupillen im letzten Willen beſtellt hat, von der Obrigkeit confirmirt werden muß [862]), anderen Theils zweifelsohne der Vormundſchaftsbehörde das Recht zuſteht, wenn ſie es für gut findet, dem Pupillen ſtatt eines Tutors einen Curator zu beſtellen [863]), auch endlich gar nicht bezweifelt werden kann, daß der ordentliche Vormund eines Pupillen auch ein Curator ſein könne [864]). Als die gewöhnlichſten Fälle, wo Pupillen Curatoren erhalten, kommen folgende in den römiſchen Rechtsquellen vor: wenn ein Prozeß zwiſchen dem Tutor und dem Pupillen vorliegt [865]); wenn bei Schuldverhältniſſen zwiſchen Mündel und Tutor ein Vormund zu adjungiren iſt [866]); wenn der geſetzliche Tutor zur Verwaltung der Vormundſchaft unfähig iſt [867]); wenn bei der suspecti tutoris postulatio dem Tutor ein Curator beigegeben wird, weil deſſen Ruf geſchont werden ſoll [868]); ferner bei der Verbannung des Tutor [869]), bei jeder temporären Excuſation [870]), unter andern bei dem Wahn=

---

858) Vergl. Savigny a. a. O. Th. 10, S. 296.

859) Vergl. v. Löhr in Grolman's Magazin, Bd. 3, S. 433—454, u. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 80—90.

860) Vgl. Donellus, comm. de iure civ. lib. III. c. 10. u. Schweppe, im juriſtiſchen Magazine, Bd. 1, S. 110—115.

861) §. 5. J. 1. 23.

862) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. D. de confirm. tut. (26. 3.)

863) L. 9. §. 9. D. de administr. (26. 7.) L. 32. pr. D. ibid. L. 2. §. 44. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) L. 19. D. de auct. tut. (26. 8.)

864) L. un. C. ubi petantur. (5. 32.) L. 10. C. qui dare. (5. 33.)

865) §. 3. J. de auctor. tut. (1. 21.) Theoph. ad h. l.

866) Nov. 72. c. 2.

867) §. 5. J. 1. 23.

868) L. 9. D. 26. 10. L. 6. C. 5. 43. §. 5. J. 1. 23.

869) L. 28. §. 2. D. de excus. (27. 1.) L. 14. §. 3. D. 46. 3.

870) L. 10. §. 6. D. 27. 1. §. 5. J. 1. 23.

ſinn des Tutor[871]), deſſen kurzer Abweſenheit[872]), Krankheit[873]) und hohem Alter[874]), endlich während des Prozeſſes über Remotion[875]) und Excuſation. Aus dieſer Ueberſicht der hierher gehörigen Fälle ergibt ſich von ſelbſt, daß in Fällen, wo Auctoritas nöthig wird, die Obrigkeit ſich eher zur Beſtellung eines Tutors, als zu der eines Curators entſchließen wird, und in den meiſten Fällen wird es völlig gleichgiltig ſein, welche Art von Vormündern beſtellt werden, weil im wichtigſten Punkte, in der Adminiſtration, beide Arten von Vormündern gleiche Dienſte leiſten, beſonders ſeitdem die Repräſentation immer allgemeiner zuläſſig geworden.

6) Cura (bonorum) absentis[876]). Man verſteht darunter die Realcuratel, welche der Prätor über die Gütermaſſe Gefangener oder Abweſender anordnet[877]). Der Curator iſt kein legitimus curator, nur ein honorarius, und wird von der competenten Obrigkeit nur auf den Antrag der nächſten Verwandten des Abweſenden beſtellt[878]). Die Curatel iſt eine wahre Realcuratel, da ſie nur die Verwaltung der Güter, nicht aber die perſönlichen Bedürfniſſe des Abweſenden oder Gefangenen angeht[879]), und die Pflichten des Curators beſtehen in der Cuſtodia des Nachlaſſes, verbunden mit dem Rechte der nothwendigſten Veräußerungen, der Anſtellung der Klagen und der Defenſion gegen die von den Gläubigern des Abweſenden erhobenen Prozeſſe. Denn ſie hatte nur den Zweck, das gewöhnliche Concursverfahren, die bonorum venditio vom Abweſenden abzuwenden[880]). Dieſe Curatel erliſcht mit der Rückkehr des Gefangenen oder des Abweſenden, oder mit deſſen Tode; vorher iſt auch eine Erbfolge oder bonorum possessio in ſolche Güter undenkbar, da dem römiſchen Rechte jede Todeserklärung fremd iſt. Dieſe Form der Curatel hat die neuere Praxis auch auf andere Fälle ausgedehnt, in welchen ſie nach römiſchem Rechte nicht ſtattfand, nämlich wenn unbekannte, entfernte und verhinderte Intereſſenten da ſind, oder die verhafteten Cri-

---

871) L. 10. §. 8. D. 27. 1. L. 12. pr. D. ibid.

872) L. 15. u. 16. D. 26. 5. §. 2. J. 1. 25.

873) L. 10. §. 8. L. 11. u. 12. pr. D. 27. 1. L. 13. pr. D. de tut. (26. 1.)

874) L. 13. pr. D. 26. 1.

875) L. 7. C. 5. 43.

876) Pufendorf, observationes iuris universi tom. IV. obs. 84. Quiſtorp, rechtliche Bemerkungen, Th. 1, Nr. 16. Bülow, Abhandlungen über einzelne Materien des römiſchen bürgerlichen Rechtes, Th. 1, Nr. 12. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien, Th. 1, Nr. 13, 3, S. 338 flg. Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandlungen, Th. 2, Nr. 4 u. 5. Rudorff, das Recht der Vormundſchaft, Th. 1, S. 145 — 152.

877) L. 22. §. 1. D. de rebus auct. iud. possid. (42. 5.) L. 15. pr. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 6. §. 2. D. quibus ex causis in poss. (42. 4.) L. 1. §. 4. D. de mun. et hon. (50. 4.) L. 6. §. 4. D. 26. 1. L. 2. §. 30. D. 38. 17.

878) L. 3. C. de postlim. revers. (8. 51.)

879) L. 22. §. 1. D. 42. 5. L. 15. pr. D. 4. 6. L. 6. §. 2. D. 42. 4. L. 1. §. 4. D. 50. 4.

880) L. 6. §. 2. D. 42. 4.

minalverbrecher vermögend ſind. — Auf ganz anderen Grundſätzen beruht die dem römiſchen Rechte ganz unbekannte Dativcuratel über Verſchollene. Durch die Praxis der teutſchen Gerichte iſt nämlich der Grundſatz aufgekommen, daß, wenn der Aufenthaltsort eines Abweſenden unbekannt iſt, die nächſten Erben deſſelben auf Edictalcitation des Abweſenden unter Androhung der Todeserklärung antragen und, wenn derſelbe ausbleibt, keinen Procurator beſtellt, auch ſonſt keine Nachricht von ſeinem Aufenthaltsorte gibt, die Anordnung einer Curatel über ſein Vermögen verlangen können [881]). Dieſe Curatel wird dann dem nächſten präſumtiven Erben des Verſchollenen eingeräumt, ohne Unterſchied, ob dieſer ſein Erbrecht aus einem Teſtamente, einem Erbvertrage oder aus der Verwandtſchaft herleitet, und wenn mehrere gleich nahe Erben vorhanden ſind, ſo werden ſie Concuratoren. Man muß dieſe Curatel nicht gerade als eine bedingte oder anticipirte Succeſſion ins Vermögen des Verſchollenen anſehen, als vielmehr als eine Einräumung des Güterbeſitzes zur Sicherung künftiger Erbanſprüche. Darnach iſt nicht allein die Fähigkeit zur Uebernahme der Curatel, ſondern auch die Verpflichtung zur Cautionsleiſtung zu beurtheilen. Auch ſind die Berechtigungen des Curators zur Vornahme von Handlungen, welche die ſeiner Obhut anvertraute Gütermaſſe betreffen, mehr nach Analogie des creditor in possessionem missus, als nach der des gewöhnlichen Curator zu beurtheilen, ſo daß ſogar die Verpflichtung zur jährlichen Rechnungsablegung nicht mit Unrecht in Abrede geſtellt wird [882]). Die beſonderen Gründe, aus welchen dieſe Curatel erliſcht, laſſen ſich alle auf den Wegfall der Bedingungen, unter welchen der Curator angeordnet wurde, zurückführen. Es erliſcht alſo dieſe Curatel, wenn der Abweſende zurückkommt, von ſeinem Leben beglaubte Nachricht gibt, einen Procurator beſtellt, ſtirbt, oder auch durch Urtheil und Recht für todt erklärt wird. Durch den Tod des Curators erliſcht ſie wohl auch, da man eine Vererbung der Curatel auf den Grund einer anticipirten Succeſſion hin heutzutage ſchwerlich mehr wird vertheidigen können.

7) Cura haereditatis. Bei der Erbſchaft kommen mehrere Curationen vor, von denen die gewöhnlichſte die erſt von den neueren Rechtsgelehrten ſogenannte cura haereditatis iacentis dann ſtattfindet, wenn es bei einer Erbſchaft noch ungewiß iſt, ob ein Erbe zu erwarten ſei oder nicht [883]), wohin auch der Fall der Deliberation von Seiten der im Teſtamente eingeſetzten Erben gerechnet wird [884]). Ihrer Natur nach

---

881) Carpzov, iurisprud. for. P. III. const. XV. defin. 48. n. 2. Schorch, meditationes, in quibus praecipua capita de cura bonorum absentis examinantur (Lipsiae et Francof. 1761, 4.) §. 3. Rudorff a. a. O. Th. 1, S. 148.

882) Carpzov l. c. defin. 55. Böhmer, Rechtsfälle, Bd. 3, Abth. 1. Resp. 176. qu. 5. n. 26. Pfeiffer, praktiſche Ausführungen, Th. 2, S. 261.

883) L. 2. D. de feriis et dilat. (2. 12.) L. 8. u. 9. pr. D. 42. 4. L. 1. §. 4. D. 50. 4.

884) L. 3. D. de curat. furiosi. (27. 10.)

iſt dieſe Curatel eine Dativ- [885]) und Realcuratel [886]), welche mit der **in bona missio**, in die **haereditas iacens** auf das Genaueſte zuſammenhängt [887]), dem Curator die Verpflichtung, die Gütermaſſe zu beaufſichtigen und zuſammenzuhalten, auferlegt [888]) und gerade ſo lange dauert, bis die Ungewißheit in Betreff des Erben gehoben iſt. Denn von dieſem Augenblicke an iſt für die Curation überhaupt kein Raum mehr, da eines Theils, wenn gar kein Erbe vorhanden iſt und der Populus auch die bona vacantia nicht agnoſcirt, ſofort Concurs eröffnet wird [889]), anderen Theils, wenn ein Erbe die Erbſchaft erwirbt, von einer Curatel aus anderen Gründen nicht mehr die Rede ſein kann. — Ein anderer Fall, wo eine Curatel bei Erbſchaften eintritt, iſt folgender. Wenn der unter einer Suspenſivbedingung eingeſetzte Erbe dieſe Bedingung nicht erfüllen, oder ſonſt die Erbſchaft nicht antreten will, wird ganz analog mit den oben angeführten Grundſätzen ebenfalls Concurs in das Vermögen des Verſtorbenen eröffnet [890]), und nur wenn drückende Erbſchaftsſchulden abgezahlt werden ſollen, oder ein Pupill ohne Tutor iſt, wird einſtweilen ein Curator ernannt, welcher die Schulden abzahlt, oder die Erbſchaft verwaltet [891]), bis ſich ihr Schickſal entſcheidet, d. h. bis zum Ausbruche des Concurſes oder bis zum Antritte der Erbſchaft.

8) **Cura ventris** und 9) **Cura ex edicto Carboniano.** Hierüber ſiehe den Artikel **Bonorum possessio** (in bona missio) Nr. 5 u. 6.

Heimbach.

Dardanariat iſt ein Begriff, für deſſen Bezeichnung ſich in der teutſchen Sprache kein vollſtändig erſchöpfender Ausdruck findet. **Dardanarii** werden im römiſchen Rechte diejenigen genannt, welche durch künſtliche Mittel den Preis von Waaren und Lebensmitteln über ſeine natürliche Höhe treiben, um alsdann durch den Verkauf derſelben um ſo größeren Gewinn zu machen [1]). Ein ſolches Verfahren iſt ſowohl im römiſchen Rechte [2]) als auch in teutſchen Reichsgeſetzen [3]) mit Strafe be-

---

885) L. 2. D. 2. 12.

886) Vergl. die Stellen in Note 883.

887) L. 8. u. 9. pr. D. 42. 4.

888) L. 1. §. 4. D. 50. 4.

889) L. 1. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 5. C. de bonis auct. iud. poss. (7. 72.) Ueber das ältere Recht vergl. Cic. pro Quinctio cap. 19. §. 60. Caius inst. III. §. 78.

890) L. 1. pr. D. de curat. bonis dando. (42. 7.) L. 23. §. 2. D. de heredibus instit. (28. 5.)

891) L. 1. §. 2. D. 42. 7.

1) L. 6. pr. D. de extraord. crim. (47. 11.) Die Benennung leitet man her von einem gewiſſen Dardanus, der durch ſchwarze Künſte das Getreide verdorben und theuerer gemacht haben ſoll. Vgl. Tib. Decianus, tract. criminal. lib. VII. cap. 22. §. 7. Sam. Stryk, opp. tom. I. p. 28.

2) L. 6. D. cit. L. 2. D. de leg. Iul. de annon. (48. 12.) L. un. C. de monopol. (4. 59.)

3) R.-A. von 1512, §. 16, von 1524, §. 27, von 1529, §. 34, von 1530, §. 135, von 1532, Tit. wucherl. Contract. R.-P.-O. von 1548, Tit. 18, und von 1577, Tit. 18.

droht, ſo daß der Begriff eines Verbrechens entſteht, welches man Dardanariat zu nennen pflegt. Was den Thatbeſtand dieſes Verbrechens betrifft, ſo iſt es nicht unbeſtritten, ob daſſelbe begangen werden kann in Beziehung auf alle Gegenſtände des Handelsverkehrs, oder nur in Beziehung auf die zum Lebensunterhalte unmittelbar nothwendigen Erforderniſſe. Das Letztere wird von vielen Schriftſtellern behauptet [4]), während Andere mit ſtrengerer Anſchließung an die Geſetze eine ſolche Beſchränkung nicht machen, ſondern alle Gattungen von Waaren, welche im Handel und Wandel vorkommen, als Gegenſtand dieſes Verbrechens betrachten [5]). Denn im römiſchen Rechte heißt es ganz allgemein: **ne dardanarii ullius mercis sint** [6]), ſowie auch die Reichsgeſetze das Verbot des Aufkaufes und Vorkaufes, der eine Unterart des Dardanariates iſt, auf „allerlei Waaren und Kaufmannsgüter, Specerei, Erz, wollen Tuch, Wein, Korn und anderes dergleichen" erſtrecken [7]). Gewiſſermaßen in der Mitte ſteht die Meinung, nach welcher das Verbrechen des Dardanariates in Beziehung auf alle gemein verkäuflichen Waaren ſoll bezogen werden können [8]). Und dieſe Meinung ſcheint ſowohl mit den Geſetzen, als mit der Natur der Sache am beſten in Uebereinſtimmung zu ſtehen. Denn wie die Geſetze gar keinen Anhaltepunkt für jene Beſchränkung gewähren, ſo kann auch kein innerer Grund für dieſelbe angeführt werden. Wenn es einmal in Beziehung auf die zum Lebensunterhalt unmittelbar nothwendigen Bedürfniſſe verwerflich und ſtrafbar erſcheint, die Preiſe derſelben höher zu treiben, als ſie außerdem nach dem natürlichen Gange des Handels geweſen ſein würden, ſo kann der Grund davon nur darin liegen, daß damit eine ungebührliche Uebervortheilung gegen das conſumirende Publicum begangen wird, welche zwar nicht als eine unmittelbare Rechtsverletzung der Einzelnen, aber doch als ein Nachtheil für die allgemeine Wohlfahrt angeſehen werden kann. Denn es ſcheint nicht angenommen werden zu dürfen, daß der Grund der Strafbarkeit darin liege, daß durch das Verbrechen ein, wenigſtens mittelbarer Angriff auf die Subſiſtenz der Einzelnen gemacht würde, indem ihnen etwa die dazu nöthigen Mittel entzogen oder unzugänglich gemacht würden, da das weder in der Abſicht des Handelnden gelegen zu haben, noch in Folge der Handlung eingetreten zu ſein braucht, um das Daſein des Verbrechens zu begründen. Der angegebene Grund aber, daß nämlich das Publicum ungebührlich übervortheilt wird, trifft auch bei anderen Handelsgegenſtänden zu, wenn deren

4) J. B. Tittmann, Handbuch, III. §. 559. Kleinſchrod, im alten Archiv des Crim.-R. III. S. 94, §. 5.

5) Martin, Lehrbuch, §. 263.

6) L. 6. pr. D. cit.

7) Specerei, Erz und wollen Tuch ſind zwar nicht mehr in der R.-P.-O. von 1577, aber in dem R.-A. von 1512 und 1530 erwähnt. Indeſſen kann nach der ganzen Faſſung der R.-P.-O. von 1577 nicht angenommen werden, daß dieſe Artikel aus dem Begriffe des Verbrechens hätten ausgeſchloſſen werden ſollen.

8) J. B. Feuerbach, Lehrbuch, §. 441. Henke, Handbuch, III. §. 213. Heffter, Lehrbuch, §. 476.

Preis höher getrieben wird, als er außerdem nach dem natürlichen Gange des Handels geweſen ſein würde. Auf der anderen Seite aber iſt nicht zu verkennen, daß von einer ſolchen Uebervortheilung des Publicums nur die Rede ſein kann in Anſehung ſolcher Sachen, welche Gegenſtände des allgemeinen und regelmäßigen Bedürfniſſes und Verbrauches ſind, und deßhalb gemeinverkäufliche genannt werden können. In Beziehung auf Sachen anderer Art kann zwar von dem Verkäufer ebenfalls Veranſtaltung getroffen werden, daß der Einzelne, der ſie ſich anſchaffen will, dieſelben zu theuer bezahlen muß, aber es wird damit keine Uebervortheilung des geſammten Publicums, keine Verletzung der allgemeinen Wohlfahrt begangen. Somit ſcheint die Frage, in Beziehung auf welche Sachen Dardanariat begangen werden könne, darnach beantwortet werden zu müſſen, ob dieſelben von der Geſammtheit, oder wenigſtens einem großen Theile des Publicums regelmäßig verbraucht werden, oder ob nur von Einzelnen in einzelnen Fällen Nachfrage darnach geſchieht. Am häufigſten und leichteſten wird das Verbrechen vorkommen in Anſehung der zum gemeinen Leben nothwendigen Bedürfniſſe, als Getreide, Mehl, Brot, Butter, Fleiſch, Gemüſe, Holz, Oel u. dgl., wie denn auch Viele aus dem in Anſehung der gewöhnlichſten Lebensmittel begangenen Dardanariate ein beſonderes crimen fraudatae (oder oneratae oder vexatae) annonae bilden[9]). Nach dem Bisherigen müſſen aber auch Zucker, Kaffee, Tabak und ähnliche Gegenſtände, welche durch Angewöhnung Gegenſtände des allgemeinen und regelmäßigen Bedürfniſſes geworden ſind, als Objecte des Verbrechens angeſehen werden. Daß auch Tuch und die zur gewöhnlichen Bekleidung gehörigen Sachen dazu gerechnet werden müſſen, ſcheint um ſo weniger bezweifelt werden zu dürfen, als die Reichsgeſetze ausdrückliche Anweiſung dazu geben. Auch auf ſolche Sachen, welche nicht unmittelbar und in ihrem urſprünglichen Zuſtande von dem Publicum verbraucht werden, ſondern erſt, nachdem ſie durch den Fabrikanten oder Handwerker eine weitere Bearbeitung erfahren haben, zu Gegenſtänden des allgemeinen und regelmäßigen Verbrauches werden, iſt der Begriff des Verbrechens unbedenklich zu beziehen. Denn durch den übertriebenen Preis dieſer Sachen muß natürlich der Preis der Fabrikate, die aus ihnen gefertigt werden, ebenfalls übertrieben und mithin eine gleiche Uebervortheilung des Publicums begangen werden. Dagegen kann das Verbrechen nicht verübt werden in Anſehung ſolcher Sachen, welche ſich Einzelne blos aus Neigung und Laune anſchaffen, wie Pretioſen und Schmuckſachen, ausgeſuchte Speiſen und Getränke, und endlich aller Sachen, deren Preis nicht durch das Bedürfniß Anderer, ſondern blos durch den Werth beſtimmt wird, welchen Einzelne auf den Beſitz derſelben ſetzen[10]). Denn theils würden hier eben nur Einzelne übervortheilt werden, theils würde überhaupt kaum von einer Uebervortheilung die Rede ſein können, indem der Einzelne, der den beſtimmten Preis für eine ſolche Sache zahlt,

---

9) Feuerbach, §. 441. Annona bedeutet den Inbegriff der gewöhnlichen Lebensbedürfniſſe. Matthaeus, de criminib. lib. 48. tit. 9.

10) Kunſtſachen, ſeltene Naturalien, Curioſitäten.

damit zu erkennen gibt, daß ſie ihm in der That ſo viel werth geweſen. — In Anſehung des Thatbeſtandes dieſes Verbrechens iſt ferner nicht unbeſtritten, ob daſſelbe nur dolos, oder ob es auch culpos begangen werden könne, ſo daß auch derjenige, der durch bloße Fahrläſſigkeit Mangel oder Theuerung gemeinverkäuflicher Waaren veranlaßte, ſich des Darbanariates ſchuldig mache [11]). In den Geſetzen iſt aber nirgends von culpoſem Darbanariate die Rede, wie denn auch die Neueren wohl einſtimmig nur doloſe Begehung dieſes Verbrechens annehmen. Ueber die beſondere Richtung aber, welche der Dolus dabei haben müſſe, herrſcht keineswegs Uebereinſtimmung. Viele ſind der Meinung, daß die Abſicht nur darauf gerichtet zu ſein brauche, entweder Vertheuerung oder Mangel der Gegenſtände zu bewirken, mit welchen das Verbrechen überhaupt begangen werden kann [12]). Andere ſind dagegen der Anſicht, daß die Abſicht des Handelnden eine eigennützige und gewinnſüchtige geweſen ſein müſſe, ſo daß die Abſicht, die Waaren ſeltener oder theuerer zu machen, wenn nicht zugleich die, Gewinn davon zu ziehen, hinzukomme, zum Thatbeſtande des Verbrechens nicht ausreiche [13]). Dieſe letztere Anſicht ſcheint in der That die richtige zu ſein. Denn in dem römiſchen Rechte iſt ausdrücklich von der avaritia der Darbanarier die Rede [14]), und in den Reichsgeſetzen kommt nichts vor, woraus auf eine Abänderung des römiſchen Rechtes geſchloſſen werden könnte [15]). Auch leuchtet es von ſelbſt ein, daß ein anderes Verbrechen, als Darbanariat begangen wird, wenn Jemand Mangel und Vertheuerung von Waaren blos als Mittel, andere verbrecheriſche Zwecke damit zu verfolgen, z. B. Unzufriedenheit und Unruhe im Volke zu bewirken, hervorzubringen ſucht. Das Verbrechen wird begangen durch alle Handlungen, welche den Zweck haben, den Preis der Waaren über ſeine natürliche Höhe zu treiben. Die citirten Reichsgeſetze erwähnen namentlich das ſchon im römiſchen Rechte ausgezeichnete ungebührliche Monopoliſiren [16]), welches darin beſteht, daß Jemand die Waaren allein in ſeine Hand und Gewalt bringt, um alsdann den Preis derſelben nach eigenem Willen und Gefallen zu beſtimmen. Vorzüglich geſchieht das durch den Auf- und Vorkauf, der von den Reichsgeſetzen ausdrücklich hervorgehoben, und deßhalb auch als eine beſondere Unterart des Darbanariates bezeichnet werden kann [17]). Eine andere Begehungsart, deren römiſches Recht und Reichsgeſetze Erwähnung thun, beſteht darin, daß ſich die Verkäufer der Waaren gegen einander verbinden, dieſelben nicht anders, als um den willkürlich von ihnen geſetz-

---

11) Wie Kleinſchrod behauptet, im alten Archiv des Cr.-R. III. S. 94 u. 97.

12) Z. B. Heffter, §. 476.

13) Z. B. Martin, §. 263.

14) L. 6. pr. D. cit.

15) Daſelbſt iſt von betrüglichen, gefährlichen, ungebührlichen und ſchädlichen Auf- und Vorkäufen die Rede.

16) L. un. C. de monopol. (4. 59.)

17) Mehrere, z. B. Tittmann, §. 558, machen aus dem Vor- und Aufkaufe die Hauptrubrik, unter welcher ſie die übrigen Fälle des Darbanariates abhandeln.

ten Preis dem Publicum abzulaſſen[18]). Außerdem erwähnt das römiſche Recht noch andere Weiſen, in welchen das Verbrechen begangen werden kann, namentlich Aufſpeicherung und Zurückhaltung der eigenen Vorräthe in Erwartung theuerer Zeiten, Verhinderung der Zufuhr und Vernichtung von Waarenvorräthen[19]). Auch den Gebrauch falſchen Maßes und Gewichtes rechnet das römiſche Recht unter die Weiſen, auf welche Dardanariat begangen werden könne, obgleich natürlicher Weiſe dieſe Handlung auch als Verbrechen der Fälſchung aufgefaßt werden kann[20]). Daß der Handelnde ſeinen Zweck wirklich erreicht habe, iſt nach römiſchem Rechte zum Eintreten der vollen Strafe nicht erforderlich, indem dazu vielmehr genügt, daß die Handlung vollendet war, durch welche er erreicht werden ſollte[21]). Allein deßwegen darf noch nicht angenommen werden, wiewohl einſtimmig von den Neueren zu geſchehen ſcheint, daß nach den Principien unſeres heutigen gemeinen Rechtes die volle Strafe in denſelben Fällen eintreten könne, in welchen nach römiſchem Rechte darauf erkannt werden konnte. Denn jene Beſtimmung des römiſches Rechtes iſt nur eine Conſequenz des in denſelben vorherrſchenden ſubjectiven Geſichtspunktes, während dagegen der in dem Art. 178 der Carolina anerkannte objective Geſichtspunkt des germaniſchen Rechtes auch bei dieſem Verbrechen Berückſichtigung finden muß. Darnach muß aber nach heutigem Rechte zum Eintreten der vollen Strafe allerdings erfordert werden, daß in der That in Folge der Handlung ein erhöhter Preis der Waaren eingetreten ſei[22]). Dazu gehört zwar nicht, daß der Verkäufer denſelben erhalten und mithin den beabſichtigten ungebührlichen Gewinn wirklich bezogen habe, wohl aber das, daß er denſelben verlangt und bewirkt habe, daß die Waaren um keinen anderen, als den von ihm willkürlich geſetzten Preis von dem Publicum erlangt werden konnten[23]). Und inſofern von vollendetem Verbrechen nur die Rede ſein kann, wo auf die volle Strafe erkannt werden kann, muß bis zu dem angegebenen Momente bloßer Verſuch des Dardanariates angenommen werden. Nach dieſen Bemerkungen über den Thatbeſtand des Dardanariates kann der Begriff dieſes Verbrechens dahin angegeben werden, daß daſſelbe in der in gewinnſüchtiger Abſicht hervorgebrachten Vertheuerung gemeinverkäuflicher Waaren beſtehe. Die Strafe dieſes Verbrechens iſt nach römiſchem Rechte eine willkürliche, welche nach Verſchiedenheit der Fälle bald in Entziehung der Handelsfreiheit, bald in damit verbundener Relegation, bei Perſonen niedrigen Stan-

---

18) L. un. C. cit. R.-P.-O. von 1577, Tit. 18, §. 1.

19) L. 6. pr. D. cit. L. 2. pr. §. 1. D. de leg. Iul. de annon. (48. 12.)

20) L. 6. §. 1 u. 2. D. de extraord. crim. (47. 11.)

21) Vergl. *meine* Abhandlungen aus dem gemeinen Strafrechte, Bd. I, S. 256.

22) Ueber das Princip, nach welchem hier verfahren werden muß, vergl. *meine* Abhandlungen S. 508 flg., und damit übereinſtimmend *Zachariä*, die Lehre vom Verſuche der Verbrechen, 2. Theil, S. 185 flg.

23) Es verhält ſich hier ebenſo, wie mit dem Verbrechen der Fälſchung, welches nach heutigem Rechte auch erſt vollendet iſt, nachdem Gebrauch von den verfälſchten Gegenſtänden gemacht worden war. Vergl. *meine* Abhandlungen, S. 492 flg.

des in öffentlicher Arbeit beſtehen ſoll [24]). Bei den crimen fraudatae annonae tritt eine Geldſtrafe von zwanzig aurei ein [25]). Vorzüglich ſtrafbar iſt nach römiſchem Rechte das eigenmächtige Monopoliſiren, welches mit Einziehung des Vermögens und lebenslänglichem Exile bedroht iſt [26]). Diejenigen Kaufleute, welche ſich verabreden, die Waaren nicht anders, als zu einem beſtimmten Preiſe abzulaſſen, ſoll eine Geldſtrafe von vierzig Pfund Goldes treffen [27]). Für den Auf- und Vorkauf iſt von den Reichsgeſetzen ebenfalls Landesverweiſung nebſt Confiscation des Vermögens, wovon dem Denuntianten der vierte Theil zufallen ſoll, als Strafe vorgeſchrieben [28]). Nach Gerichtsgebrauch iſt aber die Strafe der Landesverweiſung abgekommen, und eine kurze Gefängnißſtrafe oder entſprechende Geldbuße an deren Stelle getreten, ſowie auch nach denſelben die Confiscation nicht mehr auf das geſammte Vermögen erſtreckt, ſondern auf die aufgekauften Waaren beſchränkt wird [29]). Für die übrigen Begehungsweiſen des Dardanariates findet ſich in den einheimiſchen Quellen keine Strafbeſtimmung, ſo daß hier nach der Anleitung des römiſchen Rechtes eine angemeſſene Geldſtrafe oder Gefängnißſtrafe eintreten muß. — Nicht unter den eigentlichen Begriff des Dardanariates, der in der Ueberthеuerung von **Waaren** beſteht, aber unter den gleichen Geſichtspunkt fällt es, wenn Handwerker, mögen ſie zünftig oder nicht zünftig ſein, durch gemeinſame Uebereinkunft einen übertriebenen Preis ihrer Arbeit feſtſetzen, und ſich gegenſeitig verbindlich machen, nicht anders als um dieſen dem Publicum zu arbeiten. Im römiſchen Rechte iſt dagegen eine Geldſtrafe von vierzig Pfund Goldes, in den Reichsgeſetzen eine willkürliche Beſtrafung angedroht [30]). — In den neueren Particulargeſetzgebungen iſt theils der Begriff des Dardanariates auf engere Grenzen zurückgezogen, theils das ganze Princip aufgegeben worden, nach welchem er in der gemeinrechtlichen Geſetzgebung mit Strafe bedroht iſt. Denn es iſt nicht zu verkennen, daß unter das Strafverbot des gemeinen Rechtes auch noch ſolche Handlungen fallen können, welche nach dem Princip der Handels- und Gewerbefreiheit geſtattet ſein müſſen, ſowie auf der anderen Seite gerade in der Freiheit des Handels und der Gewerbe das ſicherſte Mittel liegt, das Publicum gegen die Umtriebe der Producenten, Kaufleute, Fabrikanten und Handwerker ſicher zu ſtellen. Daher hat man bei Abfaſſung des ſächſiſchen und württembergiſchen Strafgeſetzbuches geglaubt, das ganze Verbrechen mit Stillſchweigen übergehen zu können. Nach dem öſterreichiſchen Geſetzbuche über ſchwere Polizeiübertretungen ſollen Gewerbsleute, welche ſich verabreden, um den Preis einer Waare oder einer Arbeit

---

24) L. 6. pr. cit.
25) L. 2. §. 2. D. de leg. Iul. de annon. (48. 12.)
26) L. un. C. de monopol. (4. 59.)
27) L. un. C. cit., wornach auch die Obrigkeit, welche ſich Connivenz dabei zu Schulden kommen läßt, mit einer Geldbuße von 50 Pfund Goldes belegt werden ſoll.
28) R.-P.-O. von 1577, Tit. 18, §. 2 u. 9.
29) **Tittmann**, §. 560. **Henke**, Handbuch, III. §. 213.
30) L. un. C. cit. R.-P.-O. von 1577, Tit. 37.

zu erhöhen oder um Mangel daran zu verurſachen, mit ſtrengem Arreſt bis zu drei Monaten beſtraft werden. Wenn Gewerbsleute, welche nothwendige Bedürfniſſe des täglichen Unterhaltes zum allgemeinen Ankaufe feilbieten, ihren Vorrath verheimlichen, oder irgend einem Käufer etwas davon zu verabfolgen ſich weigern, ſo ſollen dieſelben mit einer Geldſtrafe von zehn bis funfzig Gulden, bei der zweiten Uebertretung mit Verdoppelung dieſer Strafe und bei der dritten Uebertretung mit dem Verluſte ihres Gewerbes beſtraft werden. Wenn die Verheimlichung oder Verweigerung zur Zeit einer öffentlichen Unruhe ſtattfand, ſo ſoll der Schuldige mit dem Verluſte des Gewerbes und mit ſechsmonatlichem Arreſte, und wenn er die Abſicht hatte, die öffentliche Unruhe zu vergrößern, mit der Strafe des Aufruhrs belegt werden [31]). Im preußiſchen Landrechte wird Dardanariat der Fall genannt, da Jemand wider ein ausdrückliches Verbot des Staates ſein Getreide verheimlicht oder zurückhält. Die Strafe iſt Confiscation des übermäßigen Vorrathes, worunter derjenige verſtanden wird, der den doppelten Betrag der eigenen Nothdurft bis zur Ernte überſteigt [32]). Nach Beſtimmung der Polizeigeſetze eines jeden Ortes ſoll aber beſtraft werden, wer durch Auf- oder Vorkauferei Lebensmittel und andere gemeine Bedürfniſſe vertheuert, oder die Zufuhr derſelben zu den öffentlichen Märkten zu hindern oder zu ſchwächen unternimmt [33]). Von einem ganz anderen Geſichtspunkte geht das bayerſche Geſetzbuch aus, indem es Denjenigen mit vier bis acht Jahr Arbeitshaus bedroht, der durch Vernichtung von Lebensmitteln und anderen nothwendigen Bedürfniſſen Mangel dieſer Sachen im Publicum veranlaßt hat [34]). Denn hier iſt es theils die Beſchädigung des Eigenthums, theils die verurſachte öffentliche Calamität, wodurch die harte Strafe begründet iſt. In ähnlicher Weiſe läßt auch das preußiſche Landrecht, wenn Jemand, um einen Mangel an Lebensmitteln oder anderen Bedürfniſſen im Publicum zu veranlaſſen, dergleichen Sachen verdirbt, ſechs- bis zehnjährige Zuchthausſtrafe, und bei wirklich entſtandenem Mangel Ausſtäupung und lebenslängliche Feſtungsarbeitsſtrafe, und wenn ein Menſch dabei ums Leben gekommen iſt, Todesſtrafe eintreten [35]). Luden.

Darlehn, mutuum, iſt eine Summe Geldes oder eine Quantität anderer vertretbarer Sachen, welche der Eine, der creditor oder mutuo dans, dem Anderen, dem debitor oder mutuans oder mutuo accipiens, zum Eigenthum übergeben hat, unter der Verbindlichkeit, ihm eine

---

31) Oeſterreich. G.-B. Th. II, §. 226 flg.

32) Preuß. L.-R. Th. II, Tit. 20, §. 1290 flg.

33) §. 1292. Durch eine Verordnung vom 20. November 1810 ſind aber die Beſtimmungen des Landrechtes gegen Vor- und Aufkauf aufgehoben. Nach denſelben iſt das Vor- und Aufkaufen nur verboten, wenn es an Markttagen an einem anderen Orte, als auf dem Marktplatze geſchieht. Wenn das Object unter 5 Thlr. werth war, iſt die Strafe Confiscation; außerdem eine Geldbuße von 5 bis 100 Thlrn. nach dem Ermeſſen der Polizeibehörde.

34) Bayer. G.-B. Art. 245.

35) Preuß. L.-R. Th. II, Tit. 20, §. 1500—1503.

gleiche Quantität von gleicher Qualität zurückzugeben[1]). Das mutuum kann zwar inſofern eine Species des creditum genannt werden[2]), als unter dieſem Alles verſtanden wird, was Jemand einem Anderen aus irgend einem Grunde zu geben ſchuldig iſt[3]); dennoch aber ſind beide weſentlich von einander verſchieden. Denn das mutuum wird dem Empfänger zum Eigenthum übergeben und kann daher, da er zugleich die Verbindlichkeit erhält, daſſelbe in gleicher Qualität und Quantität wieder zurückzugeben, nur in ſolchen Sachen beſtehen, deren Werth lediglich durch Zahl, Maß und Gewicht beſtimmt wird[4]). Bei dem creditum dagegen braucht der debitor nicht nothwendig Eigenthümer deſſelben zu werden, indem daſſelbe auch in der Weiſe abgeſchloſſen werden kann, daß die hingegebene Sache von dem Schuldner in specie zurückgegeben werden muß. Deßwegen können alle Arten von Sachen, auch nicht vertretbare, den Gegenſtand des creditum bilden[5]). Der Darlehnsvertrag, mutui datio, durch welchen dem Empfänger des Darlehns unter der angegebenen Verbindlichkeit Eigenthum an den dargeliehenen Sachen übertragen wird, iſt ein Realvertrag, welcher erſt durch die Tradition des Dargeliehenen vollzogen wird, während dagegen ein creditum auch durch bloßes Verſprechen entſtehen kann[6]). Der Vertrag, durch welchen man ſich verpflichtet, einem Anderen ein Darlehn geben zu wollen, pactum de mutuo dando, iſt noch nicht der Darlehnsvertrag ſelbſt, und konnte als bloßes pactum bei den Römern nicht klagbar geltend gemacht werden[7]). Nach heutigem Rechte iſt zwar ein ſolches pactum allerdings klagbar, da ſchon nach römiſchem Rechte die stipulatio de mutuo dando eine klagbare Verbindlichkeit begründete[8]), und da heutiges Tages bloße Verträge im Allgemeinen dieſelbe Wirkung haben, welche bei den Römern die Stipulation hatte[9]); allein die Natur des Darlehnsvertrages ſelbſt hat dadurch keine

---

1) L. 2. pr. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.) Ueber die Ableitung des Wortes L. 2. §. 2. eod.: Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit. Ueber andere Ableitungen vergl. Glück, Pandekt. XI. S. 466, Note 14.

2) Wie es von Paullus in L. 2. §. 3. D. de reb. cred. (12. 1.) genannt wird.

3) L. 11. D. de V. S. (50. 16.)

4) L. 2. pr. D. de reb. cred. (12. 1.) Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus; nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. §. 1. eod. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura constant. —

5) L. 2. cit. §. 3. Nam creditum consistit etiam extra eas res, quae pondere, numero, mensura continentur; sicut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est.

6) L. 2. §. 3. cit. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia; creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.

7) L. 7. §. 4. D. de pactis. (2. 14.) L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

8) L. 68. D. de V. O. (45. 1.)

9) Uebrigens entſteht heutiges Tages aus dem pactum de mutuo dando eine gegenſeitige Verbindlichkeit, ſowohl für den Geber, daſſelbe wirklich auszuzahlen, als auch für den Nehmer, daſſelbe in der That in Empfang zu nehmen.

Veränderung erlitten, ſo daß auch gegenwärtig die eigentliche obligatio ex mutuo erſt durch die Tradition der dargeliehenen Sachen, welche, weil durch das Darlehn Eigenthum übertragen wird, dem Darleiher eigen geweſen ſein müſſen, begründet wird[10]). Indeſſen wird aus Rückſicht auf Billigkeit und leichteren Verkehr in einigen Fällen ein Darlehn angenommen, auch wo die Tradition von Seiten des mutuo dans nicht eigentlich erfolgt war, oder wo die dargeliehenen Sachen demſelben nicht eigenthümlich zugehörten. Dieſe Fälle ſind folgende: 1) Wenn ausgemacht iſt, daß Jemand die fungible Sache, welche er aus einem anderen rechtlichen Grunde, z. B. als Depoſitum, von dem Darlehnsgeber in Händen hat, als Darlehn behalten ſolle[11]). Denn hier geſchieht es nicht durch Tradition, ſondern lediglich durch das Uebereinkommen, daß die Sache zum Darlehn wird und in das Eigenthum des Depoſitars übergeht. 2) Wenn Jemand einem Anderen ſtatt baaren Geldes andere Sachen hingibt, damit er ſie verkaufe und den Erlös als Darlehn behalte[12]). Der Darlehnsvertrag wird zwar hier nur unter der Vorausſetzung als perfect angenommen, daß der Schuldner die Sache nicht allein wirklich verkauft, ſondern auch das Geld dafür in Empfang genommen habe[13]), allein das Geld, welches hier den eigentlichen Gegenſtand des Darlehns bildet, iſt ihm von dem Darlehnsgeber weder tradirt worden, noch auch in dem Eigenthume deſſelben geweſen[14]). 3) Wenn Jemand ſeinen Schuldner beauftragt, das Geld, welches er ihm ſchuldet, einem Anderen als Darlehn zu geben, oder wenn er ſeinem Mandatar geſtattet, das Geld, welches er für ihn eingenommen, als Darlehn zu behalten[15]). Denn auch hier findet von Seiten des Darlehnsgebers keine Tradition ſtatt, ſowie auch das dargeliehene Geld ſich noch nicht in ſeinem Eigenthume befunden[16]). 4) Wenn Jemand einen Anderen beauftragt, einem Dritten auf ſeine Rechnung ein Darlehn auszuzahlen, oder wenn Jemand zwar ohne Auftrag, aber im Namen eines Anderen ein Darlehn auszahlt, wenn es

---

Nach römiſchem Rechte war das bei der stipulatio de mutuo dando nicht der Fall. L. 30. D. de reb. cred. (12. 1.) Mühlenbruch a. a. O. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Bd. 2, §. 169.

10) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 373, Note 1.

11) L. 9. §. ult. D. de reb. cred. (12. 1.) L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

12) L. 11. pr. D. de reb. cred.

13) So lange dieſes nicht geſchehen, iſt noch kein Darlehn, ſondern ein unbenannter Contract vorhanden, aus welchem die actio praescriptis verbis anzuſtellen iſt. L. 19. pr. D. de praescript. verb. (19. 5.)

14) Aus dieſem Grunde will auch Africanus in L. 34. pr. D. cit. in dieſem Falle kein Darlehn annehmen. Vgl. über dieſe Meinungsverſchiedenheit, welche unter den römiſchen Juriſten ſtatt hatte, Glück, Pandekt. XII. S. 7 flg.

15) L. 15. D. de reb. cred. (12. 1.)

16) Africanus in L. 34. pr. D. cit. iſt hier wieder abweichender Meinung, indem er dem Mandanten gegen den Mandatar, der das an denſelben abzuliefernde Geld darlehnsweiſe behält, nur die actio mandati zuſpricht, jedoch in der Weiſe, daß das Geld auf der Gefahr des Mandatars ſtehe, und daß dieſer die etwa bedungenen Zinſen bezahlen müſſe. Vergl. hierüber Glück a. a. O. S. 12 flg.

von dieſem ratihabirt wird [17]). Auch in dieſem Falle hat der Darlehngeber weder tradirt noch Eigenthum an dem dargeliehenen Gelde gehabt. Derjenige in deſſen Auftrage oder Namen das Darlehn gegeben worden, wird ſelbſt noch alsdann als Darlehngeber angeſehen, und ihm die, von den Neueren in dieſem Falle häufig ſogenannte condictio Iuventiana, Darlehnsklage auf Zurückzahlung zugeſtanden [18]), wenn der Darlehnsnehmer ſich in Irrthum über die Perſon des Gläubigers befand, und das Darlehn von einem Anderen zu erhalten glaubte [19]).

Der Darlehnnehmer wird Eigenthümer der dargeliehenen Sachen. Daraus folgt, daß dieſelben ganz auf ſeiner Gefahr ſtehen und er von der Reſtitutionsverbindlichkeit nicht dadurch befreit wird, daß die Sachen aus irgend einem Zufalle zu Grunde gehen [20]). Es folgt daraus ferner, daß in dem Geben eines Darlehns eine wirkliche Veräußerung enthalten iſt [21]), und daß nur Derjenige giltiger Weiſe ein Darlehn geben kann, welchem die Veräußerungsbefugniß zuſteht [22]). Daher können Perſonen, welche unter Vormundſchaft ſtehen und ohne Zuziehung ihres Vormundes nicht veräußern dürfen, wie Pupillen [23]), Minderjährige [24]), gerichtlich erklärte Verſchwender [25]) und Wahnſinnige [26]), kein giltiges Darlehn geben. In gleicher Weiſe können fremde Gelder nicht ohne Einwilligung des Eigenthümers zu Darlehn gegeben werden [27]). Ebenſo kann ein Geſellſchafter, welcher Gelder gemeinſchaftlich mit Anderen hat, ohne die Einwilligung der Uebrigen nur ſeinen Antheil zu Darlehn geben [28]). Wem in der angebenen Weiſe die Alienationsbefugniß nicht zuſteht, der kann,

---

17) L. 9. §. 8. D. de reb. cred. (12. 1.)

18) So genannt von Conradi, de Iuventiana condictione, quae est in L. 32. D. de reb. credit. Marburgi 1779, weil die L. 32. cit., in welcher von dieſer Klage die Rede iſt, aus des Iuventius Celsus lib. V. Dig. hergenommen iſt.

19) Vgl. über dieſe Klage Glück a. a. O. S. 23 flg.

20) Dadurch unterſcheidet ſich vorzüglich auch das Darlehn von dem Leihcontracte, commodatum, bei welchem der Commodatar weder Eigenthümer der geliehenen Sachen wird, noch auch die Gefahr des Zufalls trägt. §. 2. J. quib. mod. re contrah. obligatio. (3. 15.)

21) Salmasius, de usuris, Lugduni Batav. 1638, ſtellte zwar die Meinung auf, daß in dem Darlehn keine Veräußerung liege, vorzüglich wegen L. 55. D. de solutionibus (46. 3.), wo es heißt: Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur. Es iſt aber klar, daß in dieſen Worten gar nicht von mutuum, ſondern von commodatum die Rede iſt. Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 30.

22) L. 2. §. 4. D. de reb. credit. (12. 1.)

23) L. 9. pr. D. de consens. et auctor. tutor. (26. 8.)

24) Nach römiſchem Rechte nur unter der Vorausſetzung, daß ſie einen Curator hatten. L. 3. C. de in integr. restit. minor. (2. 22.) Seit aber durch die R.-P.-O. von 1548 und von 1577, Tit. 32, für Pupillen und Minderjährige gleichmäßig verordnet iſt, daß ihnen ein Vormund gegeben werden ſoll, findet in dieſer Beziehung kein Unterſchied mehr zwiſchen Beiden ſtatt.

25) L. 6. D. de V. O. (45. 1.)

26) L. 24. D. de obligat. et action. (44. 7.) L. 12. D. de reb. cred. (12. 1.)

27) L. 13. pr. §. 1. D. eod.

28) L. 13. §. 2. L. 16. D. eod.

wie er kein Eigenthum übertragen kann, auch an und für ſich kein giltiges Darlehn hingeben. Die dennoch zum Darlehn hingegebenen Sachen können daher dem Empfänger, wenn ſie nur anders bei ihm noch in Natur vorhanden ſind, mit der, entweder von dem Eigenthümer oder von dem Vormunde anzuſtellenden, rei vindicatio wieder abgefordert werden[29]. Nur wenn der Empfänger durch Verjährung Eigenthum daran erworben, würde für den Eigenthümer die rei vindicatio ausgeſchloſſen ſein und nur dem Darlehngeber gegen den Empfänger die Darlehnsklage auf Zurückgabe zuſtehen[30]. Sind dagegen die Sachen, welche ungiltiger Weiſe zu Darlehn gegeben wurden, von dem Empfänger bereits conſumirt[31], ſo kommt es darauf an, ob er ſich in bona fide oder in mala fide befunden. Im erſteren Falle hat der Darlehnnehmer durch die Conſumtion Eigenthum an den erhaltenen Sachen erworben, und das urſprünglich ungiltige Darlehn in ein giltiges verwandelt[32]. Der Darlehngeber hat daher nur die Darlehnsklage[33] auf Zurückzahlung, und der urſprüngliche Eigenthümer der dargeliehenen Sachen kann gegen den Darlehnnehmer nur inſofern auftreten, als ihm dieſe Klage von dem Darlehngeber cedirt worden iſt[34]. Im anderen Falle dagegen, wenn die Conſumtion mala fide geſchah, kann gegen den Empfänger auf Zurückgabe des Erhaltenen, ſowie auf Leiſtung des geſammten Intereſſe mit der actio ad exhibendum geklagt werden[35].

Da der Darlehnnehmer die Verbindlichkeit erhält, eine gleiche Quantität und Qualität zurückzugeben, ſo können nur Diejenigen ein giltiges Darlehn aufnehmen, welche ſich vertragsweiſe rechtlich verbindlich zu machen im Stande ſind[36]. Daher ſind Pupillen[37], Wahnſinnige und gerichtlich erklärte Verſchwender ohne Einwilligung ihrer Vormünder unfähig, ein giltiges Darlehn zu contrahiren, ſo daß die ihnen darlehnsweiſe hingegebenen Sachen nicht mit der Darlehnsklage zurückgefordert werden

---

29) §. 2. J. quib. alienare licet. (2. 8.) L. 11. §. 2. D. de reb. credit. (12. 1.)

30) Vgl. Glück a. a. O. S. 37.

31) In der allgemeineren Bedeutung, nach welcher fungible Sachen ſo genannt werden, nicht allein, wenn ſie verzehrt, ſondern auch wenn ſie ausgegeben, oder mit anderen Sachen ſo innig vermiſcht ſind, daß ſie von denſelben nicht mehr getrennt oder unterſchieden werden können, oder wenn ſie ſo verändert ſind, daß ſie in ihren vorigen Zuſtand nicht wieder hergeſtellt werden können. Vergl. Glück a. a. O. S. 38, Note 100.

32) §. 2. J. cit. L. 11. §. 2. D. cit.

33) Die condictio, welche ihm in den angeführten Stellen, ſowie auch in L. 12. L. 13. pr. §. 1. L. 19. §. 1. D. de reb. cred. zugeſchrieben wird, iſt keine andere Klage, als die actio mutui. Vgl. Glück a. a. O. S. 38 flg.

34) Glück a. a. O. S. 41. Uebrigens hat der urſprüngliche Eigenthümer gegen den Darlehnsgeber die actio furti. L. 78. D. de solutionib. (46. 3.)

35) Vgl. die in Note 33 citirten Stellen, und Glück a. a. O. S. 42.

36) L. 59. D. de O. et A. (44. 7.) L. 6. D. de V. O. (45. 1.) L. 13. §. 1. L. 14. D. de condict. indebiti. (12. 6.)

37) In Anſehung der Minderjährigen kommt es nach römiſchem Rechte darauf an, ob ſie einen Curator haben oder nicht. Nach den Note 24 angeführten Reichsgeſetzen müſſen aber alle Minderjährigen einen Vormund haben, ſo daß für ſie daſſelbe gilt, was für die Unmündigen.

können. Es entſteht aus dem einer dieſer Perſonen hingegebenen Darlehn nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit, indem ſie das von ihnen zurückgezahlte Darlehn von dem Darlehngeber zurückfordern können, wenn dieſer nicht etwa den Beweis führt, daß ſie dadurch reicher geworden ſeien [38]).

Durch die Beſtimmung des SC. Macedonianum ſind auch alle noch in väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder in der Weiſe für unfähig erklärt, ein Darlehn aufzunehmen, daß ſie die gegen ſie angeſtellte Darlehnsklage auf Reſtitution durch die exceptio SC. Macedoniani entkräften können [39]). Der Zweck dieſer Beſtimmung iſt kein anderer, als das leichtſinnige Schuldenmachen der in väterlicher Gewalt ſtehenden Kinder zu verhüten. Dieſelbe erſtreckt ſich auf alle Kinder, die ſich wirklich noch in väterlicher Gewalt befinden [40]), ohne Rückſicht auf ihr Alter und die Würde, welche ſie etwa erlangt haben [41]). Ob das Darlehn verzinslich oder unverzinslich hingegeben war, hat auf die Anwendbarkeit dieſer Beſtimmung keinen Einfluß [42]); im Allgemeinen iſt aber dieſelbe auf Gelddarlehne zu beſchränken, und weder auf andere Arten von Verträgen, wie Kauf, Tauſch, Bürgſchaft, noch auf andere Darlehne, als Gelddarlehne, z. B. auf Getreidedarlehne, zu erſtrecken [43]). Die Wirkſamkeit dieſer Beſtimmung beſteht darin, daß ſie einredeweiſe geltend gemacht werden kann gegen die Klage, mit welcher der Darlehngeber das Dargeliehene zurückfordert. Dabei macht es keinen Unterſchied, ob die Klage vor oder nach Auflöſung der väterlichen Gewalt angeſtellt wird, wenn nur das Darlehn ſelbſt zu der Zeit, da dieſelbe noch beſtand, hingegeben worden war [44]). Auch hängt die Anwendbarkeit dieſer Einrede nicht davon ab, ob das dargeliehene Geld bereits conſumirt war oder nicht, indem dieſelbe vielmehr, auch wenn es noch vorhanden iſt, vorgeſchützt werden kann [45]). Die Einrede kommt nicht allein dem Kinde ſelbſt zu ſtatten, ſondern auch dem Vater, der daher auch wegen des dem Hauskinde Dargeliehenen nicht mit der actio de peculio belangt werden kann [46]), ſowie auch allen dritten Perſonen, welche außerdem wegen des Darlehns hätten belangt werden können [47]). In folgenden Fällen kann aber die Einrede weder von Sei-

38) L. 59. D. cit. L. 13. §. 1. cit.

39) L. 1. pr. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.)

40) L. 1. §. 2. L. 9. §. 2. L. 14. D. de SC. Maced.

41) L. 1. §. 3. D. h. t. wenn nicht die Würde eine ſolche iſt, welche von der väterlichen Gewalt befreit. Nov. 81. cap. 1 u. 2.

42) L. 7. §. 9. D. de SC. Maced.

43) L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. h. t. L. 3. C. de Maced. (4. 28.) Es müßte denn in fraudem legis gehandelt ſein, und dem Geſchäfte verſteckt ein Gelddarlehn zu Grunde liegen. L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. cit. Man nennt ein ſolches verſchleiertes Gelddarlehn contractus mohatrae, nach dem ſpaniſchen Worte mohatra, welches urſprünglich einen ſimulirten Kauf bezeichnet. Vgl. Glück, Pandekt. XIV. S. 310.

44) Mühlenbruch, §. 575.

45) L. 9. §. 2. D. h. t.

46) L. 6. C. de SC. Maced. (4. 28.)

47) L. 7. pr. §. 1. 6. 7. 10. L. 9. §. 3. D. h. t. Nur wenn die Interceſſion in der Abſicht zu ſchenken geſchehen war, oder wenn das Hauskind im

ten des Kindes noch von Seiten des Vaters eingewendet werden. 1) Wenn der Darlehngeber, weil er ſelbſt der väterlichen Gewalt unterworfen oder noch minderjährig war, kein giltiges Darlehn geben konnte [48]; iſt jedoch in dieſem Falle der Hausſohn, welcher das Darlehn erhalten, ebenfalls minderjährig, ſo findet gegen ihn nur inſofern eine Klage ſtatt, als er durch daſſelbe reicher geworden [49]. 2) Wenn das Darlehn unter, entweder vorhergehender oder nachfolgender, Genehmigung des Vaters [50] oder unter ſolchen Verhältniſſen aufgenommen wurde, unter welchen der Vater durch die obligatoriſchen Handlungen ſeiner Hauskinder vollſtändig verpflichtet wird [51]. 3) Wenn der Darlehngeber genügende Urſache hatte, das Kind für einen homo sui iuris zu halten [52]. 4) Wenn das Darlehn gemacht und verwendet wurde, um einen Gläubiger zu befriedigen, deſſen Forderung keine Einrede entgegengeſetzt werden konnte [53]. 5) Wenn der Sohn zur Zeit der Darlehnsaufnahme Soldat war, theils weil der filiusfamilias, der Soldat iſt, als homo sui iuris angeſehen wird, theils weil angenommen wird, daß er das Geld in causas castrenses, zum Behufe der Kriegsbedürfniſſe aufgenommen habe [54]. — Außerdem geht die Einrede zwar nicht für den Vater, aber für den Sohn verloren, wenn derſelbe entweder ein ſeiner freien Dispoſition überlaſſenes Peculium

---

Auftrage eines Anderen das Darlehn contrahirt hatte, kann ſich der Bürge oder Mandant dieſer Einrede nicht bedienen. L. 9. §. 3. cit. L. 7. §. 11. eod.

48) L. 3. §. 2. i. f. D. h. t. In dieſem Falle kann vielmehr das noch vorhandene Geld vindicirt, das conſumirte aber entweder condicirt oder mit der actio ad exhibendum zurückgefordert werden, je nachdem die Conſumtion bona fide oder mala fide geſchehen war. S. oben bei Note 29, 33 und 35.

49) L. 34. pr. D. de minoribus. (4. 4.)

50) L. 2. L. 7. C. de SC. Maced. (4. 28.) Die Genehmigung kann auch ſtillſchweigend geſchehen, z. B. wenn der Vater weiß, daß der Sohn Geld aufnimmt, und nicht ſofort Widerſpruch bei dem Darlehngeber einlegt, L. 12. L. 16. D. h. t., oder wenn der Vater bereits den Anfang mit der Bezahlung gemacht hat. L. 7. §. 15. D. h. t.

51) Wenn nämlich die actio de in rem verso, quod iussu, exercitoria, und institoria begründet iſt. L. 12. D. L. 4. C. h. t. L. 7. §. 11. 12. 13. D. eod. L. 2. L. 5. C. eod. L. 17. D. h. t. L. 47. §. 1. D. de solution. (46. 1.)

52) L. 3. L. 19. D. h. t. L. 1. L. 2. C. eod. Dazu genügt nicht das bloße Vorgeben des Kindes, daß es von väterlicher Gewalt frei ſei, ſondern iſt noch erforderlich, daß der Darlehngeber keinen genügenden Grund hatte, dieſes Vorgeben in Zweifel zu ziehen. Trifft aber denſelben in dieſer Beziehung kein Vorwurf, ſo muß man annehmen, daß die exceptio SC. Macedoniani nicht allein für das Kind, ſondern auch für den Vater verloren geht, da dieſelbe hauptſächlich zur Strafe des Darlehngebers eingeführt iſt. Vergl. Mühlenbruch, §. 575, Note 19.

53) L. 7. §. 14. D. h. t.

54) L. 7. §. 1. C. h. t. Dieſe Verordnung bezieht ſich ganz allgemein auf die von Soldaten aufgenommenen Darlehne, ſo daß kein Grund vorhanden iſt, dieſelbe mit Struben, rechtliche Bedenken, Theil II, Bedenk. 125, auf die in Kriegszeiten aufgenommenen Darlehne zu beſchränken. Vgl. Glück, Pandekt. XII. S. 59, Note 59. Nach Particularrechten können aber zuweilen Soldaten ohne Einwilligung ihres Chefs keine giltigen Darlehne aufnehmen. Preußiſches Landrecht, Theil 2, Tit. 11, §. 678. Kurſächſiſches Mandat, die Abſtellung des Schuldenmachens bei der Armee betreffend, vom 5. April 1783.

hatte[55]), jedoch nur bis zum Belaufe deſſelben, oder wenn er, nachdem er von der väterlichen Gewalt frei geworden, das während derſelben aufgenommene Darlehn entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend genehmigt hatte[56]). Dagegen kann der Sohn, ſo lange die väterliche Gewalt dauert, nicht giltig auf dieſe Einrede Verzicht leiſten, da dieſelbe weniger zu Gunſten der Söhne, als vielmehr aus Rückſicht auf die Väter und zur Beſtrafung der Gläubiger eingeführt iſt[57]). Daher kann nicht einmal eine eidliche Beſtärkung dieſer Verzichtleiſtung von Wirkſamkeit ſein, da im Allgemeinen ein an ſich ungiltiges Rechtsgeſchäft auch durch den Eid keine Giltigkeit und rechtliche Bedeutung erhalten kann, und da, wenn man der eidlich beſtärkten Verzichtleiſtung verbindliche Kraft beilegen wollte, es immer in der Willkür des Hauskindes liegen würde, das SC. Macedonianum zu umgehen[58]).

Das SC. Macedonianum gewährt aber nur eine Einrede gegen die Klage des Darlehngebers, indem es daneben anerkennt, daß durch das einem Hauskinde gegebene Darlehn eine obligatio naturalis begründet werde[59]). Daher kann der Darlehngeber ſeine Forderung einredeweiſe als Compenſation oder Retention geltend machen, ſowie auch das Hauskind das zurückgezahlte Darlehn von demſelben nicht zurückfordern kann[60]). Wohl aber ſteht dem Vater dieſes Rückforderungsrecht zu, wenn das Hauskind entweder mit des Vaters Gelde, oder aus einem Peculium, über welches ihm keine freie Dispoſition zuſtand, Zahlung geleiſtet hatte. Denn in dieſem Falle kann der Vater, wenn das Geld bei dem Darlehngeber noch vorhanden iſt, daſſelbe vindiciren[61]), oder, wenn es von dieſem mala fide conſumirt war, mit einer condictio zurückfordern[62]). Auf das Haus-

---

55) Dahin gehört zunächſt das peculium castrense und quasi castrense. L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. Es hat aber wohl kein Bedenken in Anſehung des peculium adventitium irregulare daſſelbe anzunehmen, da der Hausſohn, wenn er majorenn iſt, unter Lebenden frei darüber zu verfügen befugt iſt. Vergl. Glück, XIV. S. 349. Mühlenbruch, §. 575, Note 21.

56) L. 2. C. h. t. Eine ſtillſchweigende Genehmigung iſt vorhanden, wenn der Sohn nach aufgehobener väterlicher Gewalt mit der Bezahlung den Anfang macht, ohne ſich in Anſehung der ganzen Schuld durch Proteſtation zu verwahren. L. 7. §. 16. D. h. t., oder wenn er nach aufgehobener väterlicher Gewalt von dem während derſelben contrahirten Darlehn Zinſen zahlt, L. 4. C. de non numerata pecun. (4. 30.), oder dem Gläubiger wegen deſſelben einen Bürgen ſtellt. Glück, XIV. S. 327. Dagegen wird durch eine nach aufgehobener väterlicher Gewalt vorgenommene Pfandbeſtellung die Einrede, nur ſoweit das Pfand reicht, beſeitigt. L. 9. pr. D. h. t. Vgl. über den Grund dieſer Beſtimmung Glück, XIV. S. 327 flg.

57) Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 171. Mühlenbruch, §. 575.

58) Glück, XIV. S. 312 flg.

59) L. 10. D. h. t.

60) L. 9. §. 4. D. h. t. wo auch beſtimmt iſt, daß dem Bürgen, der ſich ohne Einwilligung des Vaters verbürgt hat, das Rückforderungsrecht nicht zuſteht.

61) L. 14. D. de reb. credit. (12. 1.)

62) In der L. 14. D. cit. referirt Ulpian, ohne ein Bedenken dagegen auszuſprechen, die Meinung des Marcellus, nach welcher der Vater gegen den Darlehngeber, der das Darlehn von dem Sohne zurückerhalten, zwar die vindicatio, aber falls das Geld bereits conſumirt ſei, keine condictio habe. In

kind geht aber dieſes Rückforderungsrecht des Vaters auf keinen Fall über, wenn es gleich Erbe deſſelben geworden ſein ſollte[63]). Denn es würde ſich nicht mit der zwiſchen dem Darlehngeber und ihm beſtehenden naturalis obligatio vereinigen laſſen, daß es eine Klage anſtellte, um eine Summe zurückzufordern, welche es hinzugeben an und für ſich verbunden geweſen war, ſo daß ihm, wenn es als Erbe die Rechte ſeines verſtorbenen paterfamilias geltend machen wollte, immer die exceptio doli würde entgegengeſetzt werden können. Die exceptio SC. Macedoniani wird übrigens zu den ſogenannten privilegirten Einreden gerechnet, welche, inſofern ſie ſogleich liquid ſind, auch nach dem Urtheile noch im Executionstermine vorgeſchützt werden können[64]). Daß der Richter dieſelbe, wenn ſie von dem Beklagten nicht ausdrücklich vorgeſchützt iſt, von amtswegen ſuppliren müſſe, kann nicht behauptet werden[65]). Eben ſo wenig kann angenommen werden, daß das SC. Macedonianum heutiges Tages wegen der veränderten Verhältniſſe der väterlichen Gewalt keine Anwendung mehr erleide[66]).

Particularrechtlich, wo nämlich das Inſtitut der Geſchlechtsvormundſchaft beſteht, können ſich auch Frauenzimmer ohne Zuziehung und Einwilligung ihrer Vormünder nicht durch Darlehn verbindlich machen[67]).

L. 9. §. 1. D. de SC. Maced. dagegen referirt Ulpian ebenfalls billigend eine Meinung des Julian, welcher dem Vater allerdings auch eine condictio gegen den Darlehngeber zuſpricht, wenn der Sohn mit ſolchem Gelde, über welches ihm keine Diſpoſition zuſtand, Zahlung geleiſtet hatte. Dieſe beiden Stellen, von welchen die eine dem Vater die condictio zuſpricht, die andere dagegen ihm dieſelbe abſpricht, ſucht man gewöhnlich dadurch zu vereinigen, daß man die in L. 14. cit. referirte Meinung des Marcellus auf den Fall bezieht, da der Darlehngeber das zurückerhaltene Geld bona fide conſumirt habe, während dagegen in L. 9. §. 1. cit. eine malae fidei consumtio gemeint ſei. Wening-Ingenheim, §. 171, Note l. Mühlenbruch, §. 575. Dieſer Vereinigungsverſuch hat aber immer das gegen ſich, daß die Stellen ſelbſt zu der Unterſcheidung zwiſchen bonae fidei und malae fidei consumtio gar keine Veranlaſſung geben. Nach einer anderen Anſicht (ſ. Glück, XIV. S. 319), ſind beide Stellen ſo zu vereinigen, daß in L. 9. §. 1. cit. von der condictio sine causa, in der L. 14. cit. dagegen von der condictio certi ex mutuo die Rede ſei, ſo daß die erſtere ſtets, der Darlehngeber möge bona oder mala fide conſumirt haben, die letztere dagegen niemals dem Vater zuſtände. Allein von einer condictio certi ex mutuo kann hier gar nicht die Rede ſein, da das Geld, um deſſen Rückforderung es ſich handelt, weder als Darlehn gegeben, noch als ſolches angenommen worden iſt. Andere, wie Cuiacius, observat. lib. XIV. cap. 35, und Noodt, comment. ad Dig. h. t. meinen, die beiden Stellen ſeien gar nicht zu vereinigen. Der Widerſpruch wäre ſogleich gehoben, wenn man in der L. 9. §. 1. cit. ſtatt condictionem leſen wollte vindicationem. Für dieſe Leſeart ſpricht theils der Umſtand, daß am Eingange der Stelle zunächſt die Frage aufgeworfen iſt, ob der Vater das Geld vindiciren könne, eine Frage, die ohne die vorgeſchlagene Leſeart ganz unbeantwortet bleiben würde, theils die äußere Aehnlichkeit der beiden Wörter, welche die Abſchreiber leicht verleiten konnte, beide miteinander zu verwechſeln.

63) L. 26. §. 9. D. de condict. indeb. (12. 6.)

64) Wegen L. 11. D. h. t. vergl. Glück, XIV. S. 348.

65) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 346 flg.

66) Vgl. Glück a. a. S. 354.

67) S. d. Art. Geſchlechtsvormundſchaft.

In ähnlicher Weiſe bedürfen Ehefrauen, welche in Gütergemeinſchaft leben, des Conſenſes ihrer Ehemänner, damit die von ihnen aufgenommenen Darlehne für die Gütergemeinſchaft verbindlich werden[68]. Dagegen unterliegt gemeinrechtlich die Fähigkeit der Frauenzimmer, ſich durch Darlehn verbindlich zu machen, keinem Zweifel. Nur wenn ein Frauenzimmer bei Aufnahme des Darlehns ausdrücklich erklärte, daß es für einen Anderen ſei, würde von ihr, um der Verbindlichkeit der Zurückzahlung zu entgehen, die exceptio SC. Velleiani gebraucht werden können, weil darin eine Interceſſion enthalten ſein würde[69]. Im Zweifel aber iſt es nicht als Bürgſchaft anzuſehen, wenn eine Ehefrau gemeinſchaftlich mit ihrem Manne eine Schuldverſchreibung ausſtellt, in welcher ſich beide als Schuldner bekennen. Daher kann die Frau in dieſem Falle auf ihren Antheil belangt werden, ohne daß es dazu von Seiten des Darlehngebers des Beweiſes bedürfte, daß das Geld wirklich in den Nutzen der Ehefrau verwendet worden ſei[70].

In Folge beſonderer geſetzlicher Beſtimmung war es bei den Römern dem praeses provinciae verboten, von ſeinen Provinzialen Darlehne aufzunehmen[71]. Daraus leiten viele Rechtslehrer den Grundſatz ab, daß ein Richter, ſo lange der Prozeß dauert, von den ſtreitenden Parteien kein Darlehn in Empfang nehmen dürfe[72].

Was nun das aus dem Darlehnsvertrage entſpringende obligatoriſche Recht betrifft, ſo wird durch denſelben nur eine einſeitige Klage, die actio mutui oder condictio certi ex mutuo für den Darlehngeber begründet, durch welche er die gleiche Quantität und Qualität der dargeliehenen Sachen zurückfordern kann[73]. Für den Darlehnnehmer entſpringt aus dem Darlehnvertrage keine Klage. Derſelbe kann vielmehr, wenn ihm durch die Schuld des Darlehngebers Schaden zugefügt ſein ſollte, weil ſich z. B. unter dem dargeliehenen Gelde falſche Münzſorten befanden, ſeine Entſchädigungsanſprüche gegen denſelben nicht mit einer etwaigen actio mutui contraria, ſondern nur mit einer actio ex delicto verfolgen[74]. Wenn Mehrere das Darlehn gemeinſchaftlich hingegeben haben, muß Jeder von ihnen auf ſeinen Antheil die actio mutui anſtellen[75], ſowie umgekehrt, wenn Mehrere gemeinſchaftlich ein Darlehn aufgenommen haben, Jeder auf ſeinen Antheil belangt werden muß, wenn nicht ausdrücklich eine Correalobligation ausgemacht worden war[76]. Ebenſo kann,

68) S. d. Art. Gütergemeinſchaft.

69) L. 11. L. 12. D. ad SC. Velleian. (16. 1.) L. 2. L. 13. C. eod. (4. 29.) Vgl. Glück, XII. S. 61.

70) Glück a. a. O. S. 62.

71) L. 16. C. si certum petat. (4. 2.) vergl. mit L. 34. §. 1. D. de reb. credit. (12. 1.), wo es dem praeses erlaubt wird, von denen, die nicht zu ſeiner Provinz gehörig, Darlehne anzunehmen.

72) Vgl. Glück, XII. S. 56. Mühlenbruch, §. 373, Note 4.

73) Pr. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 15.) L. 9. pr. D. de reb. credit. (12. 1.) Mühlenbruch, §. 374.

74) Vergl. Höpfner, Commentar über die Heineccіſchen Inſtitutionen, §. 769, Note 1.

75) L. 9. C. si certum petat. (4. 2.)

76) L. 5. C. eod.

wenn der Darlehnnehmer mehrere Erben hinterläßt, von dieſen ein jeder nur zu ſeinem Erbſchaftsantheile belangt werden [77]). Selbſt wenn der Darlehnsvertrag unter der ausdrücklichen Bedingung abgeſchloſſen worden ſein ſollte, daß der Gläubiger jeden Erben des Schuldners auf das Ganze ſollte belangen dürfen, würde jeder einzelne Erbe nur nach Verhältniß ſeines Erbſchaftsantheiles belangt werden können [78]). Wenn der Darlehnnehmer in ſeinem Teſtamente verordnet hat, daß einer ſeiner Erben die ganze Schuld bezahlen ſolle, ſo wird zwar dieſer allerdings dazu verbunden, dennoch aber erhält der Darlehngeber dadurch nicht das Recht, dieſen allein zu belangen, vielmehr muß er ſich zunächſt an jeden einzelnen Miterben nach Verhältniß ſeines Erbſchaftsantheiles halten, welche alsdann von Demjenigen, der nach der teſtamentariſchen Verordnung die Schuld allein bezahlen ſollte, ihre Entſchädigung verlangen können [79]). Da der Darlehnsvertrag ein Realvertrag iſt, ſo kann durch ihn der Schuldner keine weitere Verbindlichkeit erhalten, als ſo viel zurückzuzahlen, als er empfangen. Zwar kann durch Vertrag rechtsgiltig ausgemacht werden, daß der Schuldner weniger zurückzahle, weil darin ein Erlaß von Seiten des Gläubigers enthalten iſt [80]), allein der Vertrag, daß er mehr zurückzahle, mußte nach römiſchem Rechte ganz ungiltig ſein, weil eine obligatio ex re nur ſo weit entſtehen konnte, als von Seiten des Gläubigers etwas hingegeben worden war [81]). Nach heutigem Rechte iſt dagegen ein ſolcher Vertrag allerdings giltig, inſofern kein verbotener Zinſenwucher darunter verſteckt iſt [82]). Aus dem angegebenen Grunde konnte nach römiſchem Rechte aus dem Darlehnsvertrage für ſich allein niemals die Verbindlichkeit der Zinſenzahlung entſtehen; es genügte dazu die Regel noch nicht einmal, daß dem Darlehn in einem pactum adjectum die Verbindlichkeit der Zinſenzahlung hinzugefügt wurde, ſondern es bedurfte dazu der Stipulation [83]), in welchem Falle aber das Geſchäft nicht mehr mutuum, ſondern foenus genannt wurde [84]). Nur in wenigen Fällen konnte nach römiſchem Rechte bei Darlehnen die Verbindlichkeit der Zinſenzahlung durch einfaches pactum begründet werden, nämlich bei dem Getreidedarlehn [85]) und bei dem von Städten [86]) und Argentarien [87]) ausgeliehenen Geldern. Auch das nauticum foenus, d. h. der Zins, welcher für ein auf des Gläubigers Gefahr über Meer gehendes Capital entrichtet werden muß, konnte durch bloßes pactum ausbedungen wer-

77) L. 1. C. eod. L. 1. 2. 6. C. de hereditar. action. (4. 16.) Dabei verſteht ſich von ſelbſt, daß der Gläubiger, dem ein Pfandrecht beſtellt iſt, gegen den Beſitzer der verpfändeten Sache auftreten kann.
78) L. 56. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)
79) L. 69. §. 2. D. de legatis I.
80) L. 11. §. 1. D. de reb. cred. (12. 1.)
81) L. 11. cit. L. 17. pr. D. de pactis. (2. 14.
82) Vgl. Höpfner, Commentar, §. 768, Nr. 5.
83) L. 1. L. 3. L. 7. C. de usuris. (4. 32.)
84) L. 3. C. cit. L. 33. D. de reb. cred. (12. 1.)
85) L. 12. C. de usuris. (4. 32.)
86) L. 30. D. de usuris. (22. 1.)
87) Nov. 136. cap. 4.

den[88]). Nach heutigem Rechte können bei dem Darlehn nicht allein Verzugszinſen verlangt, ſondern auch vertragsmäßige Zinſen durch einfachen Vertrag ausbedungen und zugleich mit dem Capital durch die actio mutui eingeklagt werden[89]). Von ſelbſt verſtehen ſich übrigens die Zinſen auch heutiges Tages bei dem Darlehn keineswegs, ſondern treten immer nur ein, entweder in Folge einer mora von Seiten des Schuldners, oder in Folge vertragsmäßiger Uebereinkunft[90]).

Der Gläubiger kann das Darlehn nicht eher zurückfordern, als nach Ablauf der Zeit, auf welche er daſſelbe dem Schuldner zu laſſen verſprochen hatte. Umgekehrt braucht aber auch der Gläubiger das Darlehn nicht eher zurückzunehmen, als bis die Zahlungsfriſt abgelaufen iſt, falls dieſelbe nicht lediglich zum Vortheil des Schuldners ausgemacht worden war[91]). Wenn gar keine Zahlungsfriſt beſtimmt worden iſt, kann zwar im Allgemeinen von beiden Seiten zu jeder Zeit Zahlung gefordert und geleiſtet werden; von Seiten des Gläubigers muß aber dabei billige Rückſicht genommen werden, daß der Schuldner Zeit genug habe, theils das Darlehn in ſeinen Nutzen zu verwenden, theils die zur Rückzahlung erforderliche Quantität wieder aufzubringen[92]). Erforderlichen Falls kommt es dem richterlichen Ermeſſen zu, die dazu gehörige Friſt zu beſtimmen. In der Regel wird bei Darlehnen, welche ohne Beſtimmung einer Rückzahlungsfriſt abgeſchloſſen werden, ausgemacht, daß der wirklich zu leiſtenden Rückzahlung eine gewiſſe, z. B. vierteljährige oder halbjährige, Kündigung vorhergehe, in der Weiſe, daß die Zahlung nicht ohne Weiteres, ſondern erſt nach Ablauf der Kündigungsfriſt geleiſtet und angenommen zu werden braucht. Gewöhnlich wird eine ſolche Kündigungsfriſt für beide Theile angenommen. Es kann aber auch kommen, daß ſich blos ein Theil die Aufkündigung vorbehält. Daß der andere Theil in einem ſolchen Falle ſich des Rechtes zu kündigen gänzliches begeben habe, kann daraus nicht geſchloſſen werden. Vielmehr kann alsdann zu jeder Zeit von ihm gekündigt werden, inſofern es nur nicht zum erweislichen Schaden des anderen Theiles geſchieht. In dieſer Beziehung muß bei verzinslichen Darlehnen auch von dem Schuldner die Rückſicht beobachtet werden, die Kündigung ſo lange Zeit vor der wirklichen Zahlung vorzunehmen, daß der Gläubiger Zeit und Gelegenheit habe, ſein Geld ander-

---

88) L. 7. D. de nautico foen. (22. 2.) S. übrigens den Artikel foenus nauticum.

89) Glück, XII. S. 4.

90) Glück a. a. O. S. 5.

91) Im Zweifel wird zwar vermuthet, daß eine geſetzte Zahlungsfriſt nur den Vortheil des Schuldners bezwecke, L. 41. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) L. 17. D. de R. J. (50. 17.), und unter dieſer Vorausſetzung kann derſelbe auch früher Zahlung leiſten. L. 137. §. 2. D. de V. O. L. 70. L. 98. §. 4. D. de solution. (46. 3.) Bei zinsbaren Darlehnen muß jedoch die Friſt als zum Vortheile beider Theile gereichend angeſehen werden, ſo daß ſich der Gläubiger keine frühere Zahlung gefallen zu laſſen braucht. Arg. L. 55. §. 2. D. locati. (19. 2.) Vgl. Glück, XII. S. 93 u. 94.

92) L. 105. D. de solution. (46. 3.) Glück a. a. O. S. 94.

weitig zinsbar unterzubringen[93]). Ueber die hier anzunehmende Friſt muß erforderlichen Falls auch das richterliche Ermeſſen entſcheiden.

Der Schuldner muß an Quantität und Qualität ſo viel zurückgeben, als er empfangen. Daher muß nicht allein der Gattung[94]), ſondern auch der Güte nach ſo viel zurückgegeben werden, als hingegeben war[95]). Bei Gelddarlehnen iſt es nicht unbeſtritten, wie die Quantität des Zurückzuzahlenden zu beſtimmen ſei, zumal wenn in der Zeit, die zwiſchen dem Hingeben und dem Zurückzahlen des Darlehns liegt, eine Münzveränderung eingetreten war[96]). Im Allgemeinen müſſen für die Rückzahlung von Gelddarlehnen folgende Grundſätze entſcheiden.

Dem eigenthümlichen Charakter des Geldes zufolge kann es nicht darauf ankommen, daß die Rückzahlung deſſelben in denſelben Münzſorten erfolge, in welchen das Darlehn hingegeben worden war[97]). Denn Geld iſt an und für ſich etwas rein Intellectuelles, das den allgemeinen Maßſtab des Preiſes der dem Verkehre unterworfenen Sachen bedeutet, und deßwegen im Verkehre als allgemeines Ausgleichungsmittel gebraucht wird. Als Gegenſtand und Mittel dieſes allgemeinen Maßſtabes iſt das Metall angenommen, welches ſich wegen ſeiner allgemeinen Nutzbarkeit, leichten Theilbarkeit und der Bequemlichkeit, mit welcher es circuliren kann, vorzüglich dazu empfehlen mußte. Daß aber eine beſtimmte Quantität Metalles eine beſtimmte Summe Geldes repräſentire und einen beſtimmten Werth habe, zu welchem ſie als allgemeines Ausgleichungsmittel angenommen werden muß, kann nur durch eine Erklärung der höchſten Staatsgewalt geſchehen, nach welcher jene zu dieſem Werthe angenommen werden muß[98]). Dieſe Erklärung geſchieht dadurch, daß das Metall zur Münze gemacht wird, indem ihm durch aufgedruckten Stempel der Werth beigelegt wird, zu welchem es Giltigkeit haben ſoll. Wenn das Geld ſeinen Zweck, als allgemeines Ausgleichungsmittel zu dienen, wirklich erreichen ſoll, müſſen nothwendig verſchiedene Münzſorten geprägt worden, von größerem und von geringeren Werthe, um eben die verſchiedenen Preiſe der Dinge ohne Schwierigkeit damit bezahlen zu können; es iſt aber klar, daß eine und dieſelbe Summe Geldes durch Münzen von verſchiedener Sorte repräſentirt werden kann, wenn nämlich die Münzen der einen Sorte zuſammen genommen denſelben Werth haben, als die Münzen einer anderen Sorte zuſammen genommen. Daher kann der Gläubiger, wenn er auch in anderen Münzſorten bezahlt wird, dieſelbe Summe Geldes zurückerhalten, als er hingegeben hatte.

Ob aber der Schuldner in der That genau die empfangene Summe zurückgibt, kann nicht blos davon abhängen, daß die zurückgezahlte Summe

93) Glück a. a. O. S. 95 u. 96.

94) Wenn eine andere Gattung, z. B. für Getreide Wein, zurückgegeben werden ſoll, iſt es kein Darlehn. L. 2. pr. D. de reb. cred. (12. 1.)

95) L. 3. D. eod.

96) Die verſchiedenen Anſichten darüber ſ. bei Glück, XII. S. 64 flg.

97) L. 1. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 3. D. de reb. cred. (12. 1.) S. vorzüglich Pfeiffer, praktiſche Ausführungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit, 1. Band, Nr. VII. §. 7. Mühlenbruch, §. 375.

98) Pfeiffer a. a. O. §. 1.

mit der empfangenen dem Namen nach übereinkommt, ſondern iſt zugleich dadurch bedingt, daß beide Summen dem Münzfuße nach übereinſtimmen. Unter Münzfuß verſteht man das Normalverhältniß, welches bei Ausprägung des Geldes in Hinſicht des Schrotes und Kornes beobachtet wird, ſo daß nach demſelben die Anzahl der gleichnamigen Geldſtücke, welche aus einer gewiſſen Quantität reinen Metalles ausgeprägt werden ſoll, beſtimmt wird. Daher ſind 100 Gulden nach dem Achtzehnguldenfuße eine andere Summe Geldes, als 100 Gulden nach dem Vierundzwanzigguldenfuße, weil nach jenem Münzfuße aus der Mark Silber nur 18, nach dieſem dagegen 24 Gulden geprägt werden ſollen [99]). Von dem Münzfuße iſt der innere und äußere Werth der Münzſorten unterſchieden, indem jener den reinen Metallgehalt bedeutet, welchen die Münzſorten wirklich haben, dieſer dagegen den Preis angibt, welchen dieſelben der Erklärung der Staatsgewalt zufolge gelten ſollen [100]). Da aber die Quantität einer beſtimmten Geldſumme nicht abhängig iſt von den Münzſorten, in welchen ſie bezahlt wird, ſondern vielmehr eine und dieſelbe Geldquantität durch verſchiedene Münzſorten hergeſtellt werden kann, ſo kann die Quantität einer in Frage ſtehenden Summe Geldes nur durch den Münzfuß, welcher ihr zu Grunde gelegt iſt, beſtimmt werden [101]). Daraus ergeben ſich folgende Regeln.

1) Was zurückgezahlt werden muß, iſt immer die dargeliehene Summe nach demſelben Münzfuße, nach welchem ſie dargeliehen worden war. Wenn es zweifelhaft iſt, nach welchem Münzfuße ein Darlehn contrahirt worden, ſo ſtreitet die Vermuthung für denjenigen, welcher an dem Orte, an welchem daſſelbe ausgezahlt wurde, gewöhnlich zu Grunde gelegt wurde, oder nach welchem bisher die Zinſen bezahlt worden waren [102]). Dabei kann ſich der Schuldner aller Münzſorten bedienen, welche im Lande zur Zeit der Rückzahlung geſetzliche Giltigkeit haben [103]), ſoweit nicht durch Geſetz [104]) oder Vertrag eine Beſchränkung eintritt. Ausländiſche Münzen, welchen ein geſetzlicher Werth im Lande nicht beigelegt iſt, kommen in dieſem überhaupt nicht als Geld in Betracht und brauchen daher von dem Gläubiger gar nicht angenommen zu werden. Denn der geſetzliche

99) Pfeiffer a. a. O. §. 2.

100) Pfeiffer a. a. O. §. 3 u. 4.

101) Pfeiffer a. a. O. §. 2.

102) S. Glück, XII. S. 89.

103) L. 24. §. 1. D. de pignerat. action. (13. 7.) Auch wenn das Darlehn in der inzwiſchen außer Giltigkeit geſetzten Münzſorte hingegeben war, darf es nicht in derſelben zurückgegeben werden. Beſtritten iſt, ob das Darlehn auch in ſolchen Münzſorten zurückgegeben werden könne, welche zwar noch nicht abgeſetzt ſind, deren Abſetzung aber nächſtens bevorſteht. Vgl. darüber Glück, XII. S. 89 u. 90. Hier muß wohl entſcheiden, ob die Zahlung in dieſen Münzſorten zu einer Zeit angeboten wird, da es dem Gläubiger noch möglich iſt, dieſelben wieder anzubringen. S. oben bei Note 93.

104) R.-A. von 1576, §. 76, wornach derjenige, der ein Capital zu zahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden kleine Münze, welche Summe nach dem 24 Guldenfuße 44⅘ Gulden beträgt, zur Zahlung bringen darf. Glück a. a. O. S. 67, Note 76. S. auch allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten, Theil I, Tit. XI, §. 780.

Werth, den ſie in ihrem Staate haben, kann für die Angehörigen anderer Staaten nicht verbindend ſein[105]).

2) Wenn eine Münzveränderung eintritt in der zwiſchen dem Empfange und der Rückzahlung liegenden Zeit, iſt zu unterſcheiden, ob die Veränderung den Münzfuß, oder ob ſie nur den Werth der Münzen betrifft[106]). Da es der Münzfuß iſt, welcher über die Quantität einer beſtimmte Geldſumme entſcheidet, ſo iſt klar, daß der Gläubiger nur alsdann dieſelbe Summe zurückerhält, wenn bei der Rückzahlung derſelbe Münzfuß zu Grunde gelegt wird, in welchem er das Darlehn hingegeben. Daher muß, wenn die ſchuldige Summe in Münzen nach dem neuen Münzfuße zurückgezahlt wird, eine Abſchätzung derſelben nach ihrem Verhältniſſe zu dem älteren Münzfuße nothwendig vorhergehen[107]). Wenn dagegen die Veränderung nicht den Münzfuß, ſondern den Werth der Münzſorten betrifft, ſo iſt ſie im Allgemeinen ohne allen Einfluß auf den Inhalt der Verbindlichkeit. Denn dieſe geht nur auf eine beſtimmte Quantität Geldes, welche nicht nach den Münzſorten, ſondern nach dem Münzfuße beſtimmt wird, und deßwegen bei unverändertem Münzfuße auch i, veränderten Münzſorten genau wieder gegeben werden kann. Nur das könnte dabei in Frage kommen, wie die veränderten Münzſorten bei der Rückzahlung zu berechnen ſeien. Hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nur die Zeit der Rückzahlung, nicht die Zeit des hingegebenen Darlehns entſcheiden könne, da die Münzſorten nicht den Gegenſtand der eigentlichen Verbindlichkeit, ſondern nur den Gegenſtand der Zahlung ausmachen, und deßwegen nur nach dem Werthe berechnet werden können, den ſie zur Zeit der Zahlung haben. Dabei kann aber nicht der innere, ſondern nur der äußere Werth der Münzen entſcheiden. Denn daß die Münzen überhaupt Geld ſind und einen gewiſſen Preis repräſentiren, hat ſeine nächſte Urſache nur darin, daß ihnen von der Staatsgewalt dieſer Preis beigelegt worden iſt. Daher können ſie nur zu dem Preiſe in Betracht kommen, der ihnen von der Staatsgewalt beigelegt iſt, und dieſer Preis bildet den äußeren Werth derſelben[108]). Nur wenn in Folge beſonderer vorübergehender Zuſtände, z. B. in Kriegszeiten, den Münzen ein äußerer Werth beigelegt wäre, der in gar keinem Verhältniſſe zu ihrem Metallgehalte ſtünde, würden dieſelben nicht zu dieſem Werthe angerechnet werden dürfen, weil derſelbe, als blos vorübergehend, nicht zum feſten Maßſtabe genommen werden könnte[109]).

3) Wenn der Vertrag in der Art abgeſchloſſen iſt, daß der Schuldner die beſtimmte Anzahl beſtimmter Münzſorten, welche er empfangen, zurückgeben ſoll, ſo iſt die Schuld gar nicht eigentlich als Geldſchuld anzuſehen, deren Gegenſtand eine beſtimmte Summe Geldes bildete, ſondern blos als Schuld der beſtimmten Stückzahl beſtimmter Münzen, welche

105) Pfeiffer a. a. O. §. 4.

106) Ueber die verſchiedenen Weiſen, in welchen eine Münzveränderung vorkommen kann, ſ. Pfeiffer a. a. O. §. 5.

107) Pfeiffer a. a. O. §. 8, Nr. 1.

108) Pfeiffer a. a. O. §. 8, Nr. 2.

109) Mühlenbruch, §. 375, Nr. 2, b.

ohne alle Rückſicht auf ihren Geldwerth zurückgegeben werden müſſen. Daher kann bei einem dergeſtalt abgeſchloſſenen Darlehne auch eine etwaige Veränderung des Münzfußes nicht in Betracht kommen, da es dabei immer nur darauf ankommt, daß die beſtimmte Stückzahl der beſtimmten Münzen zurückgegeben werde. Wenn die Zahlung nicht in den beſtimmten Münzſorten in Natur geleiſtet werden kann, ſo iſt das dafür in anderen Münzſorten zu gebende Aequivalent lediglich nach dem reinen Metallwerthe zu berechnen, welchen die eigentlich zurückzugebenden Münzſorten hatten [110]).

4) Wenn das Darlehn zwar als Gelddarlehn, auf eine beſtimmte Summe Geldes abgeſchloſſen wurde, jedoch mit Angabe der Münzſorten, in welchen es der Gläubiger hingegeben [111]), ſo wird durch dieſe Modification die Natur des Geſchäftes, als eines reinen Gelddarlehns an und für ſich nicht verändert. Denn die Summe Geldes bleibt dieſelbe ob ſie in dieſen oder in jenen Münzſorten bezahlt wird. Der Schuldner iſt daher, wenn es nicht beſonders ausgemacht iſt, bei der Rückzahlung an die beſtimmten Münzſorten nicht gebunden [112]). Iſt aber eine beſtimmte Verabredung in dieſer Beziehung getroffen, ſo muß er allerdings in den vertragsmäßigen Münzſorten zurückzahlen. Dabei müſſen jedoch die Münzſorten, wenn der äußere Werth derſelben inzwiſchen eine Veränderung erlitten hatte, zu demjenigen Werthe berechnet werden, den ſie zur Zeit der Rückzahlung hatten. War dagegen der Werth, zu welchem ſie bei der Rückzahlung berechnet werden ſollten, zum Voraus beſtimmt, ſo hört das Darlehn auf reines Gelddarlehn zu ſein. Denn mit dieſer Beſtimmung iſt nothwendig die Stückzahl der Münzſorten beſtimmt, welche zurückgegeben werden ſollen, ſo daß die unter Nr. 3 angegebenen Geſichtspunkte eintreten.

5) Wenn das Darlehn als Gelddarlehn abgeſchloſſen worden iſt, jedoch mit der Angabe, daß dabei beſtimmte Münzſorten, und zwar zu einem von dem geſetzlichen äußeren Werthe abweichenden Geldcurſe [113]) gebraucht worden ſeien, ſo wird auch durch dieſe Modification die Natur des Geſchäftes als eines Gelddarlehns nicht verändert [114]). Es kann daher, wenn nicht etwas Anderes ausgemacht iſt, der Schuldner auch in anderen Münzſorten zurückzahlen, wobei aber natürlich der vertragsmäßige abweichende Geldcurs mit in Rechnung zu bringen iſt. Zahlt der Schuldner in denſelben Münzſorten zurück, ſo kann er ſie zu demſelben Werthe anrechnen, zu welchem er ſie empfangen, wenn nicht inzwiſchen eine Veränderung des äußeren Werthes dieſer Münzſorten eingetreten war. Denn in dieſem Falle kann zwar der Schuldner dieſe Münzſorten nicht zu ihrem dermaligen Werthe berechnen, weil eben zwiſchen den Contrahenten ein abweichender Geldcurs angenommen worden war; aber jedes Falles

110) Pfeiffer a. a. O. §. 7 a. E.
111) Z. B. 100 Thlr. in Laubthalern, in Ducaten, in Eindrittelſtücken.
112) Pfeiffer a. a. O. §. 10.
113) Ueber den Begriff des Geldcurſes ſ. Pfeiffer a. a. O. §. 6.
114) Z. B. 100 Thlr. in Ducaten zu 3⅛ Thlr.

muß die Münzveränderung den Einfluß haben, daß die Münzſorten bei der Rückzahlung zu einem Curſe berechnet werden, der zu ihrem dermaligen äußeren geſetzlichen Werthe in demſelben Verhältniſſe ſteht, in welchem der Curs, zu welchem ſie als Darlehn hingegeben wurden, zu demjenigen äußeren Werthe ſtand, den ſie zur Zeit der Hingabe hatten [115]). Denn nur alsdann läßt ſich ſagen, daß der Darlehngeber dieſelbe Summe zurückerhalte, welche er hingegeben. Dagegen iſt es ebenfalls kein eigentliches Gelddarlehn, ſondern ein Darlehn einer beſtimmten Rückzahl beſtimmter Münzſorten, wenn ausgemacht wird, daß der Schuldner die Münzſorten nach demſelben Curſe zurückzahlen ſolle, nach welchem er ſie empfangen.

6) Oftmals wird der Geldſumme des Darlehns die Angabe beſtimmter Münzſorten hinzugefügt, nicht um über dieſe ſelbſt eine Beſtimmung zu treffen, ſo daß in keinen anderen als den angegebenen zurückgezahlt werden dürfte, ſondern um die Quantität der Geldſumme dadurch näher zu bezeichnen [116]). Alsdann braucht ſich der Schuldner auch nicht der angegebenen Münzſorten zu bedienen, wenn er nur die Quantität Geldes bezahlt, die wirklich gemeint war. Dabei wird in der Art verfahren, daß die angegebene Summe auf die Stückzahl der angegebenen Münzſorten reducirt wird, und dieſe alsdann nach dem äußeren Werthe, den ſie zur Zeit der Zahlung haben, berechnet werden [117]).

7) Wenn das Darlehn in Papiergeld hingegeben war oder zurückgezahlt werden ſoll, muß ebenfalls der Grundſatz entſcheiden, daß der Gläubiger ſo viel zurückerhalten muß, als er hingegeben hatte. Daher muß der Schuldner, wenn das Darlehn in Papiergeld gegeben war, und in baarem Gelde zurückbezahlt werden ſoll, von letzterem ſo viel entrichten, als zur Zeit des gemachten Darlehns für das empfangene Papiergeld davon erhalten werden konnte. Ebenſo muß im umgekehrten Falle, wenn das in baarem Gelde gegebene Darlehn in Papiergelde zurückbezahlt werden ſoll, von dieſem ſo viel gegeben werden, daß dafür die dargeliehene Summe baaren Geldes eingewechſelt werden kann. Wenn das Darlehn in Papiergelde gemacht war und in Papiergelde zurückbezahlt werden ſoll, muß der Schuldner von dieſem ſo viel zurückgeben, daß dafür zur Zeit der Rückzahlung diejenige Summe baaren Geldes eingelöſt werden kann, welche zur Zeit der Hingabe für das dargeliehene Papiergeld eingewechſelt werden konnte [118]). Denn das Papiergeld iſt immer nur ein Surrogat oder ein Vertreter des wirklichen Geldes, ſo daß die zu bezahlende Quantität immer nur nach dieſem beſtimmt werden kann. Weil ſich aber Niemand ſtatt der eigentlichen Leiſtung, die ihm geſchuldet wird, das bloße Surrogat derſelben aufdringen zu laſſen braucht, ſo kann auch im Allgemeinen Niemand zugemuthet werden, ſtatt baaren Geldes Papiergeld in Empfang zu nehmen.

---

115) Pfeiffer a. a. O. §. 10, S. 68 u. 69.
116) Z. B. 100 Thlr. in Golde oder in Zwanzigkreuzern.
117) Pfeiffer a. a. O. §. 11.
118) Mühlenbruch, §. 375, Nr. 3.

Wenn übrigens der Beklagte leugnet, das Darlehn empfangen zu haben, ſo liegt dem Kläger der Beweis ob, daß er daſſelbe ausgezahlt habe. Denn dieſer Punkt gehört zu dem Grunde der Klage, weil das Darlehn ein Realcontract iſt, der erſt durch die Tradition vollzogen wird. Wenn der Kläger dieſen Beweis durch Zeugen oder durch Eidesdelation führen will, ſo kommen dafür die gewöhnlichen Grundſätze über die Beweisführung in Anwendung. Eigenthümliche Grundſätze treten aber ein, wenn der Kläger dieſen Beweis führen will durch einen von dem Beklagten ausgeſtellten Schuldſchein, chirographum, in welchem dieſer bekennt, das Darlehn in Empfang genommen zu haben. Nach ausdrücklicher Beſtimmung der Geſetze ſoll ein ſolcher Schuldſchein, wenn ſeit ſeiner Ausſtellung noch nicht zwei Jahre verlaufen ſind, Nichts gegen den Beklagten beweiſen[119]). Dieſer kann vielmehr, wenn er vor Ablauf dieſer Friſt auf den Grund eines ſolchen Schuldſcheines mit der actio mutui belangt wird, die exceptio non numeratae pecuniae dagegen vorſchützen, und dadurch bewirken, daß der Kläger den Beweis der wirklich erfolgten Auszahlung des Darlehns auf andere Weiſe führen muß. Der Grund dieſer ſingulären Beſtimmung liegt in der Rückſicht, daß häufig Schuldſcheine ausgeſtellt und übergeben werden in der bloßen Hoffnung, Geld geliehen zu erhalten, ohne daß die Auszahlung wirklich erfolgt[120]). Dagegen wird der Ausſteller eines ſolchen Schuldſcheines, nachdem zwei Jahre ſeit der Ausſtellung verfloſſen, durch denſelben ſchlechterdings verpflichtet Zahlung zu leiſten, ohne daß ihm noch der Beweis verſtattet wäre, daß er das Geld gar nicht empfangen[121]). Denn der Grund ſeiner nunmehrigen Verpflichtung liegt nicht darin, daß angenommen würde, er habe das Darlehn wirklich empfangen, ſondern nur darin, daß er ſich ſchriftlich zu einer Schuld bekennt, ohne das Bekenntniß zur gehörigen Zeit zurückzunehmen oder gegen daſſelbe zu proteſtiren. Es iſt daher alsdann gar nicht mehr von einem Darlehn als einem Realcontracte, ſondern von einem ganz neuen Litteralcontracte die Rede. Deßhalb wird auch von der exceptio non numeratae pecuniae im Einzelnen zweckmäßiger in einem eigenen Artikel gehandelt werden.

Luden.

Datio in solutum (beſſer in solutum datio[1]) oder pro soluto datio[2])), Hingabe an Zahlungsſtatt, heißt im römiſchen Rechte die Bezahlung einer Schuld durch die Aushändigung einer Sache, welche nicht

---

119) Tot. Tit. J. de litterar. obligat. (3. 21. [22.]) Tot. Tit. C. de non numerata pecun. (4. 30.)

120) S. Glück, XII. S. 100.

121) L. 8. i. J. L. 14. pr. C. h. t.

1) So z. B. L. 45. pr. D. de solut. et lib. (46. 3.) L. 10. C. de solut. et lib. (8. 43.) — Literatur: Brissonius, de solutionibus et liberationibus, lib. I. p. 144—148. Pothier, Pandectae Iustinianeae, lib. 46. tit. 3. pars II. art. V. §. 1. tom. III. p. 275—277. Marezoll, über die datio in solutum, in v. Löhr's Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung, Bd. 4, H. 2, S. 230—246. Vergl. auch den Art. beneficium dationis in solutum.

2) So in L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.)

der Gegenſtand der Obligation iſt, an den Gläubiger. Wenn es nämlich auf der einen Seite den contrahirenden Parteien überlaſſen bleiben mußte, an die Stelle eines geſchuldeten Gegenſtandes durch Convention einen anderen zu ſetzen[3]), ſo war auf der anderen Seite der Gläubiger vor willkürlichen Eingriffen des Schuldners in ſeine Rechte ſchon durch die Regel des alten Rechtes geſchützt: invito creditori aliud pro alio solvi non posse[4]), — eine Regel, welche zu der Annahme berechtigen mußte, daß, wofern der Gläubiger nicht einwilligt, eine datio in soludum in der Regel nicht möglich[5]), wenn ſchon Juſtinian in einem Falle dem Schuldner erlaubt hat, den Gläubiger auch gegen ſeinen Willen mit etwas Anderem, als was den Gegenſtand der Obligation ausmacht, abzufinden[6]). Fragt man, in welche Form ein ſolcher Vertrag gekleidet wurde, ſo finden ſich in den römiſchen Rechtsquellen zur Bezeichnung desſelben nur Ausdrücke gebraucht, wie placitum[7]), transigere[8]), consentiente creditore aliud pro alio solvitur[9]), res pro numerata pecunia consentiente creditore datae[10]) etc., und es ſcheint mithin, daß hier die freieſte Vertragsform zuläſſig geweſen ſei. Was ferner die Erforderniſſe anbetrifft, welche die Hingabe an Zahlungsſtatt vorausſetzt, ſo laſſen ſie ſich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Es muß ein Schuldverhältniß zwiſchen den Paciſcenten exiſtiren, gleichviel, ob ſich daſſelbe auf eine civile, prätoriſche oder natürliche Verbindlichkeit ſtützt, oder ob es aus einem Contracte oder Delicte hervorgeht. 2) Die Contrahenten müſſen überhaupt die Fähigkeit haben zu paciſciren und über ihr Vermögen ſelbſtſtändig zu verfügen. 3) Es muß ſtatt der geſchuldeten Sache irgend eine andere hingegeben werden, gleichviel ob dieß eine bewegliche, eine unbewegliche Sache oder gar eine außenſtehende Schuldforderung iſt[11]), wofern es nur überhaupt etwas iſt, was zu Gelde angeſchlagen werden kann. 4) Die hingegebene Sache muß dem Empfänger derſelben, d. h. dem Gläubiger definitiv verbleiben[12]). Daher können nur ſolche Sachen an Zahlungsſtatt hingegeben werden, welche im Eigenthum oder unter der Dispoſition von Privatleuten ſein können; alſo iſt die Hingabe an Zahlungsſtatt nur dann von Wirkung, wenn dem, welcher die Sache hingab, ein definitives Recht an der hingegebenen Sache zuſteht[13]). Man nimmt, um den Empfänger wegen des definitiven Behaltens der Sache ſicher zu ſtellen, die Analogie des Kaufes zu Hilfe, und gewährt ihm, falls die Sache

3) L. 17. C. 8. 43. L. 45. pr. D. 46. 3.
4) L. 2. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.)
5) Caius inst. III. §. 168. L. 16. C. 8. 43.
6) Nov. 4. cap. 3. §. 1. Vgl. den Art. beneficium dationis in solutum.
7) L. 24. C. 8. 43.
8) L. 96. §. 2. D. 46. 3.
9) Caius inst. III. §. 168.
10) L. 17. C. 8. 43.
11) L. 96. §. 2. D. 46. 3. L. 16. C. 8. 43.
12) L. 4. C. 8. 45. L. 46. pr. D. 46. 3.
13) L. 46. pr. D. 46. 3.

ganz oder theilweiſe evincirt wird, eine utilis actio gegen den Geber[14]), deſſen nicht zu gedenken, daß im Fall der Eviction die alte Verbindlichkeit immer noch fortbeſteht[15]). Und wahrſcheinlich ſind auf dieſen Fall auch die Vorſchriften des ädiliziſchen Edicts über Käufe anzuwenden, wenn ſchon in den römiſchen Rechtsquellen eine ſolche Ausdehnung weiter nicht erwähnt wird. 5) Die hingegebene Sache muß nach einer billigen Taxe geſchätzt ſein. Iſt ſie durch den Dolus des Gebers zu einem höheren Preiſe angeſchlagen worden, als den ſie wirklich hat, ſo treten die gewöhnlichen Wirkungen der in solutum datio nur dann ein, wenn das Fehlende nachgezahlt wird[16]). 6) Der Taxwerth der hingegebenen Sache muß den Betrag der alten Schuld decken, wofern die gewöhnliche Wirkung der in solutum datio eintreten ſoll. Dieſe Wirkung beſteht aber darin, daß die alte Schuld völlig aufgehoben wird. Im älteren Rechte war es zwar nach dem Zeugniſſe des Cajus[17]) unter den Juriſtenſchulen ſtreitig, ob dieß ipso iure oder per exceptionem, d. h. auf prozeſſualiſchem Wege effectuirt werde. Die Sabinianer, zu denen ſich dieſer Juriſt ſelbſt rechnet, behaupteten, die alte Obligation beſtehe ipso iure auch nach der in solutum datio fort, aber dem Schuldner ſtehe die doli exceptio zu, falls der alte Gläubiger, welcher durch das Hingeben an Zahlungsſtatt befriedigt worden, das ihm aus der alten Obligation zuſtehende Klagerecht geltend machen wollte. Die Proculianer hingegen nehmen an, daß die alte Schuld durch die Hingabe an Zahlungsſtatt ipso iure erlöſche, und ihre Meinung iſt in die Juſtinianiſchen Rechtsbücher übertragen worden[18]).

Im Allgemeinen erſcheint die in solutum datio als eine Begünſtigung des Schuldners. Denn nicht allein, daß kein Schuldner dazu gezwungen werden kann[19]), ſo beruht es in einem beſtimmten Falle ſogar auf geſetzlicher Verfügung, daß ſie als Rechtswohlthat dem Schuldner gegen den Gläubiger dann zu Gute komme, wenn bei chirographariſchen Schulden, deren Gegenſtand eine Summe baares Geld iſt, der Schuldner in der Lage iſt, daß er nur durch den Gebrauch dieſer Rechtswohlthat der Nothwendigkeit der Güterabtretung entgehen kann[20]). Nur als Folge dieſer Grundanſicht kann es gelten, wenn Ulpian den Mann, welcher ſeiner Frau durch Stipulation verſpricht, nach aufgelöſter Ehe anſtatt des Heurathsgutes Grundſtücke, welche dafür verpfändet waren, an Zahlungsſtatt ihr hinzugeben, von der Erfüllung dieſes Verſprechens frei

---

14) L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.)

15) L. 46. pr. D. 46. 3.

16) L. 46. §. 2. D. 46. 3.

17) Inst. III. §. 168.

18) L. 46. §. 2. D. 46. 3. L. 17. C. 8. 43. Pr. J. quibus modis tollitur obligatio. (3. 30.) Vgl. L. 26. §. 4. D. de condict. indeb. (12. 6.)

19) L. 4. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.)

20) Iust. Nov. 4. cap. 3. §. 1. Vergl. Marezoll a. a. O. Bd. 4, Heft 2, S. 231—234.

ſpricht, falls er es vorzieht, ſeiner Frau das Heurathsgut in natura zurückzugeben[21]).

Durch die Hingabe an Zahlungsſtatt wird in der Regel ein dauerndes, bleibendes Verhältniß begründet. Daher können die Erben oder ſonſtigen Univerſalſucceſſoren des Schuldners, die einmal geſchehene Uebergabe der an Zahlungsſtatt hingegebenen Grundſtücke ſpäter nicht mehr anfechten[22]), auch keine Anſprüche auf den Gewinn machen, welchen der befriedigte Gläubiger durch Anwendung eines höheren Fleißes und zeitgemäße Verbeſſerungen aus dem Grundſtücke zieht[23]). Mit dieſer Anſicht hängt es jedenfalls zuſammen, wenn dem, welcher ſich über ein ihm geſchuldetes Legat mit dem Erben verglichen, und ſtatt deſſen ein außenſtehendes Capital angenommen hat, auch ohne Delegation dieſes Schuldners das periculum nominis zugeſprochen wird[24]), und wenn dem Pupillen, welchem ſein Vormund, falls er die Anſprüche aus der Vormundſchaft fallen laſſe, einen Theil ſeines Vermögens vermacht, nur ausnahmsweiſe unter beſonderer Berückſichtigung ſeines Alters das Recht zugeſtanden wird, das bereits in Empfang genommene Legat zurückzugeben und dafür ſeine Anſprüche aus der Vormundſchaft wieder aufzunehmen[25]). Auch kann es nur als Folge der oben aufgeſtellten Anſicht gelten, wenn der Gläubiger nach der Hingabe an Zahlungsſtatt als Eigenthümer der empfangenen Sache ſich darſtellt, und ſein Eigenthum gegen Dritte geltend machen kann[26]). Zur Erklärung der Wirkungen der Hingabe an Zahlungsſtatt nimmt man die Analogie des Kaufes zu Hilfe[27]), und in Folge dieſer Anſicht müßte man die an den Gläubiger taxirt übergebene Sache als das Object des Kaufcontractes, die alte Schuld, welche durch die Hingabe an Zahlungsſtatt gedeckt wird, als Kaufpreis, den Schuldner als Verkäufer und den Gläubiger als Käufer anſehen. Dann würde der Schuldner, wie jeder andere Verkäufer, auch wegen der totalen und partiellen Eviction der an Zahlungsſtatt hingegebenen Sachen gehalten ſein[28]), und wenn in dieſer Beziehung dem Gläubiger gegen den Schuldner auch eine utilis actio geſtattet wird, ſo kann unter dieſem Ausdrucke doch wohl nur die utilis emti actio gemeint ſein[29]).

Endlich kann es nur als eine Einwirkung der allgemeinen Grund-

---

21) L. 45. pr. D. 46. 3.
22) L. 10. C. de solut. et liberat. (8. 43.)
23) L. 24. C. de solut. et lib. (8. 43.)
24) L. 96. §. 2. D. 46. 3.
25) L. 26. D. de lib. legata. (34. 3.)
26) L. 4. in fin. C. 7. 71.
27) L. 4. C. de evictionibus. (8. 45.) **Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.** L. 24. C. de pignoraticia actione. (13. 7.) **Immo u t i l i s ex e m p t o accommodata est, quemadmodum, si p r o s o l u t o ei r e s d a t a fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit.**
28) L. 4. C. 8. 45. L. 46. pr. u. §. 1. D. 46. 3.
29) L. 4. C. 8. 45.

ſätze von den Condictionsgründen gelten, wenn die indebiti condictio dem geſtattet wird, welcher eine Geldſchuld in Waaren, welche einen höheren Werth haben, irrthümlich bezahlt hat, zur Beitreibung des Zuvielgezahlten [30]). Umgekehrt ſteht dieſe Klage auf die ganze hingegebene Sache dem Schuldner zu, welcher anſtatt einer Geldſchuld ein Grundſtück von höherem Werthe irrthümlich an Zahlungsſtatt hingegeben hat [31]), damit der Kläger nicht durch die theilweiſe Reſtitution des Gründſtückes in die unangenehme Nothwendigkeit einer Gemeinſchaft mit dem Beklagten verſetzt werde, wozu doch Niemand genöthigt werden ſoll. Freilich wird dem Beklagten an dem Grundſtücke ſo lange ein Retentionsrecht zugeſtanden werden müſſen, bis die Geldſchuld wirklich bezahlt worden, was die römiſchen Rechtsquellen auch für den Fall annehmen, wenn Jemand anſtatt verſprochenen Goldes dem Anderen gegen deſſen Wiſſen fälſchlich Erz überantwortet [32]), und nachher vor der Retradition des letzteren auf Aushändigung des verſprochenen Goldes belangt wird.

Ganz verſchieden von der Berechtigung zur Hingabe an Zahlungsſtatt iſt der Fall, wenn Jemand verſpricht eine beſtimmte Summe baar Geld in einer beſtimmten Art Waaren zu bezahlen [33]). Hier ſteht es nämlich dem Schuldner frei, ob er das Geld in natura oder eine Quantität Waaren von dem nämlichen Preiſe an den Gläubiger ausantworten will, und jede Solution dieſer Art hat die Liberation des Schuldners zur Folge. Nur wenn der Gläubiger bereits die Sache durch Klage anhängig und in der Klagſchrift die Summe Geldes als einzutreibendes Klagobject namhaft gemacht hat, hört das Wahlrecht des Schuldners auf, und er kann dann nur durch die Bezahlung der geforderten Geldſumme liberirt werden.

Heimbach.

Decan iſt im Allgemeinen der Vorſteher einer in beſtimmter Weiſe gegliederten Geſellſchaft, insbeſondere aber einer kirchlichen oder wiſſenſchaftlichen Corporation. Daher haben wir den Decan als einen Würdenträger in einem Stifte, als den Vorſteher eines Ruralcapitels und als das Haupt einer Gelehrtenfacultät zu betrachten.

Der Ausdruck decanus bezieht ſich zunächſt und urſprünglich auf eine in bürgerlichen und militäriſchen Verhältniſſen [1]) anerkannte Prärogative und hängt offenbar mit decem zuſammen [2]). Darum gibt Iſi-

30) L. 26. §. 5. D. 12. 6.
31) L. 26. §. 4. D. 12. 6.
32) L. 50. D. 46. 3.
33) L. 57. pr. D. 46. 3.

1) Ueber dieſe vergl. man Du Fresne und Suicer unter dem Worte decanus. — Ueber den decanus bei den Germanen ſ. m. v. Savigny, Geſchichte des römiſchen Rechtes im Mittelalter, Bd. I; Eichhorn, teutſche Staats- u. Rechtsgeſch. Bd. I, und die abweichende Anſicht in Jul. Weiske, die Grundlagen der früheren Verfaſſung Teutſchlands. Leipzig 1836, 8.

2) Jacobus Gothofredus im Commentar zum Codex Theodos. lib. VI. tit. XXXIII. de decanis (T. II. 629 sq.) entſcheidet ſich für die Ablei-

dor in den Origines (lib. III. cap. III.) die Erklärung: decani dicuntur, quod decem militibus praeficiuntur[3]). Ein ähnliches Subordinationsverhältniß ward bei der Organiſation des Kloſterlebens üblich, indem je zehn Mönchen ein δέκαρχος, decanus zur Aufſicht beſtellt wurde. So berichten uns Hieronymus, Auguſtinus, Caſſian und Andere. Zwar band man ſich ſpäter nicht mehr ſtreng an die Zahl, die Einrichtung ſelbſt aber behielt man bei, wie die Ordensregeln ergeben. So verordnet Benedict von Nurſia, daß neben dem vom Abte zu wählenden praepositus (Regula, cap. 65) für größere Vereine Decane angenommen werden ſollen. Si maior fuerit congregatio, eligantur de ipsis fratres boni testimonii et sanctae conversationis, et constituantur decani, qui solicitudinem gerant super decanias suas (cap. 21)[4]). An die Regel Benedicts ſchloß ſich Chrodogang bei der Begründung des gemeinſchaftlichen Lebens der Cleriker an[5]), und indem die bereits beſtehenden kirchlichen Einrichtungen mit der neuen Anordnung verſchmolzen wurden, trat zunächſt in den biſchöflichen Kirchen der Biſchof gewiſſermaßen an die Stelle des Abtes, die Würde des Präpoſitus ging auf den Archidiaconus, die des Decanus auf den Archipresbyter über. In ähnlicher Weiſe erfolgte auch in den neuen Collegiatſtiftern, ſowie überhaupt in den Archidiaconaten und Archipresbyteraten die Verbindung der Propſtei und Dechantei[6]). Die Verfaſſung ſelbſt geſtaltete ſich indeſſen verſchieden: denn bald ſtanden unter dem Propſte mehr Decane, von denen einer ſich als der decanus senior an der Spitze befand, bald gab es nur einen Decan, und neben dieſem wohl auch einen Subdecan, bald nur einen Decan, unmittelbar nach dem Abte oder an der Spitze des Capitels, da der Propſt ganz fehlte[7]).

Nach dieſen Vorbemerkungen betrachten wir

1) die Domdecane[8]).

Domdecan, Domdechant iſt eine Dignität in einem Hochſtifte (Domcapitel).

Als eine bleibende Einrichtung wurde in der erweiterten Regel Chrodogang's auf dem Concil zu Aachen im Jahre 817 die Beſtellung

---

tung von δεκανᾶσθαι in der Bedeutung von ἀσπάζεσθαι, δεξιοῦσθαι, excipere, apprehendere.

3) Vergl. auch Vegetius, de re militari lib. II. cap. 8. —— decem militibus — — unus praeesset decanus u. And.

4) Mehrere andere Regeln weiſt Du Fresne nach s. v. decanus in monasteriis.

5) S. oben den Art. Canonicus, Bd. II, S. 545, Anm. 7.

6) S. die Art. Archidiaconus und Archipresbyter, Bd. I, S. 428 flg.

7) Beiſpiele davon finden ſich theils ſchon früher, theils erſt ſpäter. Man vergl. indeß Concil. Mogunt. a. 813, cap. XI. (Hartzheim, Concilia Germaniae T. I. p. 408).

8) Van Espen, ius eccles. universum lib. I. tit. XI. cap. II. Henr. Schubert, diss. de origine et conditione ecclesiarum collegiatarum §. XVI. (in Andr. Mayer, thesaur. novus iuris eccl. T. I. p. 178 sq.

eines Präpoſitus und Decanus im Capitel angeordnet [9]). Wir finden dieſelben daher auch ſpäter allgemein, jedoch nicht immer in einem gleichen Verhältniſſe zu einander. Anfangs erſcheint mitunter der Propſt im Beſitze aller äußeren und inneren Gerechtſame, ſo daß den Decanen nur untergeordnete Functionen gebührten [10]). Im Laufe der Zeit nöthigte aber der Umfang der Geſchäfte und die Unmöglichkeit einer dauernden Reſidenz den Propſt, ſich auf die Verwaltung der Temporalien zu beſchränken, worauf der Decan die Leitung der Spiritualien erhielt. Jener wurde ſogar oft vom Capitel völlig ausgeſchloſſen und der Decan nahm nun die erſte Stelle im Capitel ein [11]), bisweilen ſelbſt in der Weiſe, daß ihm die ſonſt dem Propſte überwieſenen Gerechtſame mit zufielen [12]). Während des ganzen Mittelalters blieb ſo der Decan ein bedeutender Dignitarius [13]), und erſcheint als ein ſolcher auch jetzt, nachdem das Inſtitut der Domcapitel umfaſſend reſtituirt worden iſt. Inſoweit aber nicht durch Statuten und Obſervanzen, ſowie durch die neueren meiſtens auf denſelben beruhenden Vereinbarungen ſeine Stellung genauer beſtimmt worden iſt, können auch jetzt noch die Grundſätze des gemeinen canoniſchen Rechtes für anwendbar erklärt werden.

In den neuen Concordaten und Circumſcriptionsbullen bekleidet der Decan da, wo die Probſtei hergeſtellt iſt, die zweite Dignität. In Hannover und in der oberrheiniſchen Kirchenprovinz gibt es keinen Propſt und der Decan iſt allein beibehalten.

Die Requiſite zur Uebernahme des Decanats ſind die allgemeinen, die von jedem Domcapitular gefordert worden [14]); insbeſondere aber iſt der ordo presbyteri ein Erforderniß, und eben darum das 25. Jahr [15]), es müßte denn ausnahmsweiſe dem Decan die Seelſorge fehlen, in welchem Falle nach der Beſtimmung des Concils von Trient [16]) das 22. Jahr genügen würde.

Die Beſetzung des Decanats ſtand früher den Capiteln zu. Da daſſelbe als dignitas maior zu den beneficiis electivis gehörte, fiel nach den teutſchen Concordaten die päpſtliche Reſervation hier fort [17]). Nähere

---

9) Cap. LXI: Ut Praepositus, Decanus, Cellararius de eorum ministerio, nisi causâ utilitatis aut necessitatis, non removeantur.

10) So war es z. B. im Capitel zu Rheims. M. ſ. Thomassin, ecclesiae vetus ac nova disciplina P. I. lib. III. cap. LXVI. nr. XV.

11) Beiſpiele gibt Schmidt, thesaurus iuris eccl. T. II. p. 730, 731.

12) So erklärt ſich, wie die Ausdrücke decanus, praepositus, prior u. ſ. w. gleichbedeutend gebraucht werden konnten (Du Fresne s. v. decani ecclesiarum cathedralium).

13) Wir finden daher, wie ſelbſt Biſchöfe als Decane eines erzbiſchöflichen Capitels erſcheinen. So war der Biſchof von London Decan des Erzbiſchofs von Canterbury.

14) S. den Art. Canonicus, Bd. II, S. 551, 552.

15) Ut nullus fiat decanus in ecclesia, nisi presbyter, C. 1. dist. LX. (Urban II. a. 1095); ſ. Corr. Rom. ad h. l. — verb. c. 7. §. 2. X. de electione (1. 6.) (Alexander III. a. 1179). Clem. 3. de aetate (1. 6.) (Clemens V. a. 1311).

16) Sess. XXIV. cap. XII. de reform.

17) Koch, sanctio pragmatica Germ. p. 62. not. e. p. 68. not. gg.

Beſtimmungen ſind durch die neuen Vereinbarungen mit der Curie erfolgt. Darnach ſteht in Bayern dem König die Beſetzung dieſer Stelle zu, in Preußen den Erzbiſchöfen und Biſchöfen [18]). In Hannover und der oberrheiniſchen Kirchenprovinz ſchlagen abwechſelnd der Erzbiſchof (Biſchof) oder das Capitel dem Landesherrn vier Candidaten vor, von denen einer, der etwa dem Regenten nicht genehm iſt, aus der Liſte geſtrichen werden kann. Dann wählt der Biſchof oder das Capitel. In Oeſterreich beſteht noch die ältere Einrichtung, nach welcher eine Concursprüfung veranſtaltet wird, worauf der Landesherr ernennt.

Die Rechte des Decans ſind umfaſſender, wenn dem Capitel der Propſt fehlt. Da der Decan der eigentliche Vorſtand des Capitels iſt, ſo gebührt ihm die Berufung zu den Verſammlungen, inſoweit dieſelbe nicht in Angelegenheiten, welche der Biſchof vorzulegen hat, von dieſem ſelbſt zu bewirken iſt [19]). Er präſidirt dem Collegium und macht die Vorſchläge zu den Berathungen.

Insbeſondere iſt der Decan das Haupt im Chor. Alles was dieſen und den Gottesdienſt betrifft, ſteht unter ſeiner Leitung. Exceſſe, welche dabei vorkommen, werden von ihm gerügt. Ueberhaupt beſitzt er eine Disciplinargewalt, deren Grenzen jedoch durch Gewohnheit und Statuten verſchieden beſtimmt ſind [20]). Bald ſteht ihm dieſe Gewalt allein zu, bald dem Capitel, bald beiden gemeinſchaftlich. Der erſte Fall findet ſich in dem Erzbisthume Cöln anerkannt, in welchem dem Decane der Cathedrale über den Clerus der Collegiatkirche beigelegt wird: Potestas poena canonica, nimirum suspensionis temporariae, aut maiori etiam, pro ratione culpae, coercendi [21]). Des anderen wird im gemeinen Rechte öfter gedacht [22]), und ausdrücklich wird die gemeinſame Wirkſamkeit beider mehrfach vorausgeſetzt [23]). — Eine ordentliche Jurisdiction in Rechtsſtreitigkeiten würde aber dem Decan, als nicht unmittelbar mit ſeinem eigentlichen Wirkungskreiſe zuſammenhängend, immer nur vermöge eines

---

Vergl. das wiener Concordat von 1447 ebendaſ.; p. 220, 225, 226, und not. 54 daſ.

18) Nach der Praxis wird aber die königliche Confirmation erfordert.

19) Quod si aliquid canonicis ad deliberandum proponant, nec de re ad suum, vel suorum commodum spectante agatur, episcopi ipsi capitulum convocent, vota exquirant et iuxta ea concludant. Conc. Trid. sess. XXV. cap. VI. de ref. Vergl. J. H. Böhmer, ius. eccl. Prot. lib. III. tit. XI. §. II sq.

20) Van Espen l. c. §. VI sq.

21) Concil. Colon. a. 1536, P. III. cap. VII. (Hartzheim, T. VI. p. 260). M. ſ. auch c. 6. de sent. excomm. in VI. (5. 11.) und dazu die Gloſſe.

22) M. ſ. beſonders c. 13. X. de officio iud. ord. (1. 31.) (Innocent. III. in Conc. Lateran. a. 1215).

23) M. vergl. z. B. c. 34. X. de praebendis (3. 5.) (Honorius III. a. 1222). Die gemeinſame Siſtirung des Gottesdienſtes in der Capitelskirche (c. 55. X. de appellat. [2. 28.], verb. c. 8. de off. ord. in VI. [1. 16.], Clem. 1. de sent. excomm. [5. 10.]) iſt zwar lange nicht mehr üblich, obwohl das Recht dazu noch beſtehen würde (ſ. v. Droſte-Hülshoff, Grundſätze des gem. Kirchenrechtes, Bd. II, Abth. 2, §. 203, Anm. 210, S. 63).

ſpeciellen Rechtstitels beigelegt werden können[24]), denn vorzugsweiſe ſoll er den Biſchof in der Seelſorge mit unterſtützen.

Als Dignitarius hat er Anſpruch auf höheren Rang und größere Beſoldung, als die übrigen Capitularen. Wo eine beſondere Claſſification der Beamten feſtgeſetzt iſt, nimmt er daher auch eine höhere Stufe ein, wie z. B. in den zur oberrheiniſchen Kirchenprovinz gehörigen Staaten[25]). — Was ſeine Präbende betrifft, ſo betrug dieſe früher ſtatutenmäßig oft ſo viel, als die zweier Canonici, und auch jetzt iſt meiſtens ein ähnliches Verhältniß angenommen, und ſeine äußere Stellung in dieſer Beziehung der des Propſtes gleich. So genießt derſelbe z. B. in Cöln und Breslau 2000, Gneſen und Münſter 1800, Trier und Paderborn 1400, Culm 1200 Thaler.

Die Decane in den Collegiatſtiften ſind im Allgemeinen nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilen; insbeſondere pflegt ihnen eine gewiſſe Disciplinargewalt zuzuſtehen[26]).

2) Decani rurales (Landdechante)[27]).

Die ordnungsmäßige Verwaltung der Diöceſe nöthigt zur Anſtellung von Beamten, welche als Organe des Biſchofs in beſtimmten Kreiſen gewiſſe Functionen übernehmen. Daher finden ſich allgemein ſchon im neunten Jahrhundert die Archipresbyteriate und Decanien oder Chriſtianitäten, deren Urſprung und Begründung bei der Betrachtung der Archipresbyteri nachgewieſen worden iſt. In die Stelle der alten Archipresbyter, welche ſich hier und da als Erzprieſter bis jetzt erhalten haben, ſind allgemein die Decane, Landdechante getreten, und ſeit der Reſtitution der katholiſchen Kirche überall, wo ſie eingegangen waren, wieder eingeführt worden. Inſofern es etwa, was nicht leicht vorkommen dürfte, an näheren Beſtimmungen fehlen ſollte, würden die Grundſätze über die Archipresbyteri anwendbar ſein. Auf dieſe ſtützen ſich auch im Weſentlichen die beſonderen Inſtructionen und Facultäten, welche in neuerer Zeit faſt in allen Diöceſen ergangen ſind. Als beſonders umfaſſend und inſtructiv ſind auszuzeichnen die für das Erzbisthum Cöln vom 24. Februar 1827[28]), für die zur oberrheiniſchen Kirchenprovinz gehörigen Bisthümer, namentlich für

---

24) S. die Gloſſe zum c. 6. de sent. excomm. in VI: Quod decanus iste de consuetudine vel privilegio habeat iurisdictionem ordinariam —.

25) Longner, Darſtellung der Rechtsverhältniſſe der Biſchöfe in der oberrhein. Kirchenprovinz (Tübingen 1840), S. 67 flg.

26) M. vergl. z. B. Conc. Colon. a. 1536, P. III. cap. II. (Hartzheim, T. VI. p. 259): Ut cleros suos ad observationem piorum rituum provocent ac reducant, ut ad agendam vitam clericis dignam perpetuo cohortentur, — — denique ut singulos suo officio satisfacere compellant.

27) Außer der beim Art. Archipresbyter, Bd. I, S. 431, Anm. 1, angeführten Literatur vergl. man beſonders van Espen, ius eccl. univ. P. I. tit. VI. Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. II, S. 13—99. Longner a. a. O. S. 421—440.

28) Vergl. Sammlung der wichtigſten allgem. Verordnungen und Bekanntmachungen der geiſtlichen Oberbehörde in Cöln (Cöln 1837, 8.), S. 30 flg., 45 flg.

Mainz von 1830 flg.[29]), für das Bisthum Lüttich vom 6. Mai und 8. Juni 1833, Culm vom 20. Juni 1836[30]) u. a. Die Einrichtung der Decanate und deren Abgrenzung erfolgt übrigens als eine gemiſchte Sache durch den Biſchof in Gemeinſchaft mit dem Staate[31]).

Der Landdechant iſt ein Organ des Biſchofs, zum Behuf der Adminiſtration und Aufſicht über die ihm zugewieſenen Sprengel. Im Verhältniß zu den Pfarrern des Kreiſes wird er verſchieden, wenn gleich im Allgemeinen als paritätiſch betrachtet. Er iſt der eigentliche pastor pastorum und daraus erklären ſich die meiſten Vorſchriften, welche ſeine Stellung näher bezeichnen.

Die Anſtellung des Ruraldecans ſollte früher gemeinſchaftlich durch den Biſchof und Archidiaconus erfolgen[32]). Mit dem Schwinden der Macht der Archidiaconen verblieb dieß Recht dem Biſchofe allein[33]), wo nicht nach dem Princip: cum commune officium decanus exerceat, communiter est eligendus (ſ. die Anm. 32 cit. Stelle), den Pfarrern der Chriſtianität ſelbſt die Wahl überlaſſen wurde[34]). Dieß letztere iſt denn auch jetzt noch häufig der Fall. So beſtimmt die cölner Inſtruction (Abſchn. III, S. 44), daß, bei Erledigung des Amtes, in der Wohnung des im Pfarramte älteſten Pfarrers an einem vom Generalvicarius beſtimmten Tage durch geheime Stimmenſammlung in der Capitelverſammlung zur neuen Wahl geſchritten werde. Das Wahlcapitel, aus den Pfarrern des Decanats zuſammengeſetzt, bringt drei Pfarrer nach Stimmenmehrheit in Vorſchlag, aus welchen das Haupt der Diöceſe einen wählt, zum Dechanten ernennt und von Seiten des Staates beſtätigen läßt[35]). In Oeſterreich ernennt dagegen der Biſchof den Dechanten und läßt ihn, da er die Aufſicht über den Schuldiſtrict mit führt, von der Landesſtelle confirmiren. Da überhaupt die Decane in vielen Ländern zugleich für manche bürgerliche Verhältniſſe mitzuwirken haben, ſo wird die Ernennung ſtets im Einverſtändniſſe mit den Staatsbehörden beſorgt[36]).

Der gewählte und beſtätigte Dechant wird in Eid und Pflicht genommen. Schon früh finden ſich dafür beſondere Eidesformulare[37]). Einfach ſchwört jetzt der Decan in Cöln[38]): Ego iuro et promitto officium decanatus et commissa mihi ac mandata fideliter, absque

---

29) Diöceſanſtatuten für das Bisthum Mainz (Mainz 1837, 8.), S. 11 flg.
30) Dieſe ſind beſonders gedruckt.
31) S. 2. Beilage zur bayerſchen Verf.-Urk. §. 76. lit. e.
32) Cap. 7. §. 6. X. de off. archidiaconi (1. 23.) (Innoc. III. a. 1199).
33) Archipresbyteri rurales in singulis dioecesibus pro discretione episcoporum assumantur — — ac sint arbitrio episcoporum amovibiles. Synod. Mechlinens. a. 1570, Tit. de decanis cap. III. (Hartzheim, VII. 621. 622.)
34) M. ſ. z. B. Synod. Eichstad. a. 1447 (Hartzheim, V. 374.). Conc. Constantiense a. 1463 u. 1483 (eod. V. 452. 453. 548.).
35) Aehnlich iſt es auch in Bayern (Müller, Lexikon, S. 75, 76).
36) Longner a. a. O.
37) S. die Anm. 34 cit. Synoden.
38) Sammlung a. a. O. S. 44. Vgl. Conc. Colon. a. 1612. (Hartzheim, IX. 158.)

omni dolo et fraude, cum sinceritate ac religione me exsequuturum, atque in omnibus non nisi ecclesiae reique publicae commoda quaesiturum esse. Sic me deus etc. Außerdem werden in einzelnen Territorien auch von Seiten des Staates beſondere Dienſtreverſe zur Unterzeichnung vorgelegt[39]).

Das Decanat iſt bisweilen mit einer gewiſſen Stelle verbunden, öfter aber auch davon unabhängig; daher erfolgt meiſtens die Beſetzung nicht einmal lebenslänglich, ſondern wie in Cöln, Mainz u. ſ. w. nur auf fünf Jahre, jedoch ſo, daß die Wiedererwählung zuläſſig iſt. Wer gewählt wird, iſt auch zur Annahme des Amtes verpflichtet und nur „erwieſene körperliche Schwäche kann die Weigerung der Uebernahme oder die Entſagung rechtfertigen" (cölner Inſtr.).

Die Stelle erſcheint bald nur als ein Ehrenamt, ſo daß die Pfarrer des Decanats bei Einleitung eines Geſchäftes gleich unmittelbar bei der biſchöflichen Behörde einkommen können, obwohl alle adminiſtrativen Angelegenheiten in der Regel durch den Decan an das Vicariat gelangen ſollen[40]); bald werden die Decane als die unmittelbaren kirchlichen Vorgeſetzten der in ihrem Bezirke angeſtellten Geiſtlichen betrachtet, ſo daß ſie zwiſchen dieſen und dem Ordinariate die Mittelbehörde bilden[41]).

Der Geſchäftskreis der Landdechanten umfaßt verſchiedene die kirchliche Aufſicht und Verwaltung betreffende Gegenſtände. Ihnen ſteht demnach zu:

1) die kirchliche Aufſicht überhaupt. Dieſe bezieht ſich auf alle kirchlichen Gegenſtände: die Amtsführung, das ſittliche und wiſſenſchaftliche Leben aller Geiſtlichen und Kirchendiener, die religiös-ſittliche Beſchaffenheit der Gemeinden, insbeſondere die religiöſe Bildung der Jugend, alle äußeren kirchlichen Inſtitute, insbeſondere auch die Schulen.

Um ſich vom Zuſtande des Decanats nach allen dieſen Rückſichten zu überzeugen, ſind ſie gehalten, von Zeit zu Zeit (in der Regel jährlich, nach manchen Geſetzen alle 2 oder 3 Jahre einmal)[42]) den ganzen Sprengel zu viſitiren, und den Umſtänden nach auch außerordentliche Viſitationen anzuſtellen[43]). Insbeſondere haben ſie auch die Kirchenbücher ſich vorlegen zu laſſen und den Befund zu beſcheinigen, ſowie bei der Rechnungsablegung mitzuwirken.

Die Decane erhalten für die Viſitation gewiſſe Procurationen, welche ſich häufig jetzt nur auf Beköſtigung und Geſtellung der Fuhren beſchränken[44]).

---

39) So in Württemberg (Longner, S. 423).

40) Cöln. Inſtr. §. 9, 11, S. 50, 51.

41) Mainzer Statuten, Abſchn. II, §. 1, verb. §. 28.

42) Im Erzbisthume Cöln ſoll jährlich, in Mainz alle 3 Jahre der Decan vollſtändig viſitiren.

43) Das Specielle ergeben die beſonderen Viſitationsinſtructionen. M. ſ. z. B. die vom Jahre 1790 und 1799 für die Diöceſe Ermeland ergangenen in Jacobſon, Geſchichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, I. 1. Anh., Nr. LXXXIV und LXXXV, S. 277 flg., und den vierten Abſchnitt der mainzer Statuten, S. 22—35.

44) Mit Bezugnahme auf ältere gemeinrechtliche und particulare Beſtim-

Ueber die Viſitation ſind genaue Protokolle zu führen, welche zugleich mit Gutachten, wie gewiſſen Mißverhältniſſen abgeholfen werden kann, dem Ordinariate eingeſendet werden müſſen. Auch haben die Decane über alle wichtigen und intereſſanten Vorfälle ſogleich Bericht abzuſtatten.

2) Vollziehung der Aufträge der vorgeſetzten Behörden, insbeſondere Bekanntmachung der Anordnungen derſelben und Sorge dafür, daß denſelben entſprochen werde[45]; Einziehung biſchöflicher Gefälle und geiſtlicher Abgaben.

3) Proviſoriſche Einrichtungen verſchiedener Art. Wird eine Pfarrei vacant, ſo müſſen ſie die Verwaltung des Gottesdienſtes bis zur näheren Beſtimmung des Ordinariats anordnen, und bei niederen Kirchenſtellen ebenfalls vorläufige Anordnung treffen, auch Vorſchläge wegen der Wiederbeſetzung machen[46]. Sobald dem Decane die Nachricht von dem Todesfalle eines Geiſtlichen zugeht, hat er die Aufbewahrung und Verſiegelung der Amtspapiere zu bewirken, das Begräbniß zu beſorgen u. dgl.[47]

4) Introduction der Pfarrer in's Amt[48], Abnahme des Glaubensbekenntniſſes, auch wohl Prüfung der Capellane.

5) Als pastor pastorum des Decanats übernimmt er die Seelſorge in Beziehung auf die Geiſtlichen des Sprengels, theilt ihnen die Sacramente aus, und ſteht ihnen mit Rath und That bei. Insbeſondere wohnt er am grünen Donnerſtage der Conſecration des Chrisma bei, empfängt daſſelbe für die Geiſtlichen, und theilt es ihnen gegen die beſtimmten Gebühren mit[49].

6) Gemäß beſonderer Facultät kann er in ſeinem Capitel die Kirchengeräthe, Paramente, Ornate, Meßkleidungen, Getüch und was zu gottesdienſtlichem Gebrauche gehört, inſoweit ſie nicht der biſchöflichen Function vorbehalten ſind, mit gewöhnlicher Benediction nach dem Ritual ſegnen[50].

---

mungen iſt eine eigene Vorſchrift hierüber für Cöln unterm 22. Dec. 1827 ergangen (Sammlung a. a. O. S. 77, 78).

45) Cöln. Inſtr. §. 1, 9. Mainzer Statuten Abſchn. II, §. 4, 5, u. a.

46) Mainzer Statuten a. a. O. §. 12, 13. Cölner Inſtr. §. 8.

47) Dieſe Beſtimmung beruht ſchon auf alten Satzungen (m. ſ. z. B. Synod. Tomacens. a. 1481, cap. V [Hartzheim, V. 529], desgl. von 1520, cap. VIII [eod. VI. 157]), und iſt auch ſpäter ſtets feſtgehalten (m. ſ. z. B. Synod. Culmens. a. 1745, cap. XIII [Hartzheim, X. 524]). Eine cölniſche Verordnung vom 7. Auguſt 1828 (Sammlung a. a. O. S. 81) beſtimmt dem Decan eine Gebühr von 6 Thlrn. außer dem Opfer, welches beim Seelenamt auf den Altar gelegt wird, für das Begräbniß des Pfarrers.

48) Die in der vor. Anm. cit. cöln. Verordnung bewilligt dafür 4 Thlr., vergl. Inſtr. §. 8, mainzer Statuten II. §. 26 a.

49) S. Synod. Wormiens. a. 1449, §. 9 (Jacobſon, Geſch. a. a. O. I. 1. Anhang, S. 219). Synod. Buscoduc. a. 1571, tit. XVI. cap. VII. (Hartzheim, Tom. VII. p. 727) u. v. a. Beſondere Reiſekoſten u. ſ. w. bewilligt dafür die Synode von Namur von 1612 (eod. IX. 165). Mainzer Statuten II. §. 26 e.

50) Mainzer Statuten II. §. 26 c. Inſtruct. von Lüttich vom 8. Juni 1833, §. 6 c. u. a. m.

7) Gemäß ſolcher Facultät ſtehen ihm auch verſchiedene Diſpenſationen zu. So die Zulaſſung zur erſten Communion der Kinder, welche noch nicht das vorgeſchriebene Alter erreicht haben[51]); in einzelnen Ehehinderniſſen, ſo von dem dritten Aufgebote, vom tempus clausum u. ſ. w.[52]); desgleichen kann er von Reſervatfällen abſolviren, und dieſe Facultas für einzelne Fälle auf Andere übertragen[53]). Auch darf er gewöhnlich den Geiſtlichen einen Reiſeurlaub auf kürzere Zeit ertheilen[54]).

8) Abhaltung der Ruralcapitel. Mit Recht iſt in neuerer Zeit gerade darauf ein größeres Gewicht gelegt worden, da ſo einigermaßen Erſatz für die Diöceſanſynoden geboten werden kann[55]).

Verſammlungen der zu einem Decanate gehörigen Geiſtlichen ſind ſchon frühzeitig regelmäßig gehalten worden, anfangs alle Monate, ſpäter ſeltener[56]). Sie dienten zum gegenſeitigen Austauſche von Amtserfahrungen, zur Eröffnung von Mittheilungen der vorgeſetzten Behörden, beſonders zur Publication der Synodalſchlüſſe[57]) durch die Decane, welche den Synoden beizuwohnen verpflichtet waren[58]). Nachdem die ganze Einrichtung mit der Zeit in vielen Diöceſen verfallen war, iſt ſie neuerdings wieder belebt und mit den Paſtoralconferenzen, Leſezirkeln u. ſ. w.[59]) in Verbindung geſetzt worden, und hat auch in wiſſenſchaftlicher Hinſicht erfreuliche Reſultate hervorgerufen. Wir erinnern nur ſtatt vieler an „die wichtigſten Ergebniſſe der Paſtoralconferenzen im Bisthume Conſtanz von 1802 bis 1827" (Ehingen, 6 Bände), an das „Archiv für die Geiſtlichkeit der oberrheiniſchen Kirchenprovinz" (Freiburg 1838 flg.) u. a.

---

51) Mainzer Statuten §. 14.

52) Inſtr. für Lüttich §. 6 b. — Die Synod. Tomacens. a. 1574, tit. XIX. cap. XV. (Hartzheim, VII. 792.) beſtimmt: decani dispensare non poterunt, nisi cum contrahentibus sponsalia de futuro, extra locum sacrum et super diversitate decanatuum; si modo contrahentium alter sui sit decanatus, nec non in casu fornicationis et simplicis adulterii.

53) Mainzer Statuten §. 26 d. Daſſelbe iſt für die Diöceſe Lüttich (Inſtruct. §. 6 d) geſtattet, doch die Uebertragung nur für drei Acte und überdieß unter der Vorausſetzung, daß dem Geiſtlichen ſchon früher vom Biſchofe dieſe Reſervatfälle übertragen worden, und daß ſie zufällig gerade jetzt, da ſie derſelben bedürfen, erloſchen ſind.

54) Nach den mainzer Statuten §. 29 bis auf 8 Tage.

55) M. ſ. die Band I, S. 432, 433, Anm. 11, cit. Abhandlung von Schmidt, und verbinde damit van Espen l. c. cap. IV.

56) Zweimal jährlich nach der cölner Synode von 1612 (Hartzheim, IX. 173), culmer Synode von 1745 (eod. X. 522), nach anderen nur einmal (z. B. Synod. Metens. a. 1633, 1699 [eod. X. 246]) u. a.

57) So beſtimmt ſchon die Synode zu Lüttich von 1287, Tit. XIV, Cap. XV (Hartzheim, III. 703), die von Cöln von 1551 (eod. VI. 786), u. v. a.

58) Zu dem Behufe mußten die Decanatspfarrer beſondere Subſidien zahlen (m. ſ. z. B. die cölner Synode von 1549 de medio quinto [Hartzheim, VI. 548]).

59) Nach der Verfaſſungsurk. für das Fürſtenthum Hohenzollern-Sigmaringen vom 11. Juli 1833, §. 80, 82, wird von dem Ruralcapitel durch relative Stimmenmehrheit ein Geiſtlicher als Abgeordneter zum Landtage gewählt.

Das Nähere beruht auf ſpeciellen Inſtructionen[60]; des Beiſpiels wegen wollen wir aber die Einrichtung, wie ſie gegenwärtig in Cöln beſteht und mit geringen Abweichungen ſich auch anderwärts findet, beſchreiben[61].

In den Decanaten werden jährlich drei ordentliche und ſonſt nach Bedürfniß außerordentliche Verſammlungen gehalten. Jeder Pfarrer iſt verpflichtet denſelben beizuwohnen und hat ſein Ausbleiben vorher ſchriftlich, durch Beibringung von Zeugniſſen der Verhinderung den Umſtänden nach, zu entſchuldigen. Ueber den Verſammlungsort, die Stunde der Eröffnung, Ordnung der Verhandlung u. ſ. w. kann das Capitel Beſchlüſſe faſſen, welche vom Generalvicar beſtätigt werden. Im Allgemeinen beginnt das Capitel mit Abbetung des Hymnus: Veni creator spiritus, dann legt der Dechant die Rechtfertigung der Abweſenden vor, macht bekannt, was amtlich zu eröffnen iſt und beſtimmt einen der Anweſenden zur Vorleſung einer Abhandlung aus dem Gebiete der Theologie oder des Kirchenrechtes. Der Gegenſtand wird immer in der vorhergehenden Verſammlung feſtgeſetzt oder vom Generalvicar angegeben. Jeder iſt gehalten, die Abhandlung zu liefern. Die vorgeleſene wird vom Dechanten bei Abſtattung ſeines Berichtes an den Generalvicar eingeſchickt, die übrigen vertheilt jener unter die Pfarrer zur Beurtheilung, und von den ihm nach 14 Tagen mit der Kritik wieder eingehändigten ſendet er die gelungenſte ebenfalls an den Generalvicar.

Nach der Vorleſung wird über die Amtsführung gemeinſchaftlich vorgetragen und berathen. Zu dem Ende muß Jeder einen ſchriftlichen Bericht über folgende Punkte mitbringen:

1) Kurze Inhaltsangabe aller ſeit der letzten Verſammlung gehaltenen Kanzelvorträge und Katecheſen; 2) merkwürdige oder verwickelte Fälle in der Seelſorge; 3) kurze Charakteriſtik des ſittlichen Zuſtandes der Pfarre; 4) diejenigen Punkte, welche der Landdechant zum Vortrage beſtimmt hat oder worüber einer der Pfarrer Rath erfragen will.

Von jeder Capitelverſammlung wird ein Protokoll geführt und in Abſchrift dem Berichte beigelegt. Die Abweſenden aber müſſen, ſobald das Hinderniß beſeitigt iſt, nach der Beſtimmung des Dechanten die Abhandlung und den Vortrag nachſchicken. Zum Schluſſe der Verſammlung betet der Dechant ein paſſendes Gebet, und darf Keiner früher ſich entfernen.

Wird eine gemeinſame Mahlzeit gehalten, ſo darf ſie nur einfach und nüchtern ſein, und werden die Koſten von den Theilnehmern beſtritten. —

Da, wo die Geſchäfte des Decans umfaſſender ſind, werden ihm noch eigene Gehilfen beigegeben. So iſt in Württemberg widerruflich dem

---

60) M. ſ. z. B. die der Chriſtianität Waſſenberg und Süſtern bei Binterim, Denkwürdigkeiten, Bd. I, S. 603 flg.

61) M. ſ. mainzer Statuten Abſchn. III. Cöln. Inſtruct. §. 7. Verordnung für das Erzbisthum Freiburg vom 14. März 1828 (Weiß, Archiv der Kirchenrechtswiſſ., Bd. II, S. 239 flg.).

Decanatamte ein Pfarrer zugeordnet [62]). In der Diöceſe Mainz ſind zwei Definitoren, ein Kämmerer und ein Secretär neben dem Decan beſtellt [63]).

Die Ehrenrechte der Decane beruhen auf particularen Beſtimmungen. In Oeſterreich haben ſie als Auszeichnung einen Talarkragen (ſogen. Dechantkragen) [64]). Sonſt ſind für den Todesfall auch beſondere Parentationen, Leſung von Meſſen durch alle Pfarrer des Sprengels und die Decane der ganzen Diöceſe üblich [65]) u. dgl. m.

In der evangeliſchen Kirche finden ſich in einzelnen Ländern ebenfalls Decane, die dann aber ganz die Bedeutung der ſonſt üblichen Superintendenten haben. So in Bayern, Baden u. ſ. w., worüber das Speciellere im Artikel Superintendent auszuführen ſein wird [66]). Bemerkenswerth iſt übrigens, daß im Großherzogthum Heſſen der Ausdruck Superintendent den Vorſteher einer Provinz bezeichnet, alſo den in anderen Ländern ſogenannten General-Superintendenten, Decan aber den Vorſteher einer Inſpection (eines Decanats), worüber neuere Geſetze das Nähere angeordnet haben [67]).

Sowie die Ruralcapitel beſtehen in der evangeliſchen Kirche auch beſondere Diöceſanvereine, gebildet von den Geiſtlichen des Sprengels unter dem Decan, mit einer der katholiſchen ähnlichen Verfaſſung und kirchlich-wiſſenſchaftlichem Zwecke [68]).

3) Decane der Univerſitätsfacultäten [69]).

Die Univerſitäten ſind zum Theil und Anfangs wohl faſt allgemein aus Kloſter- und Stiftsſchulen hervorgegangen, zum Theil aber ſelbſtſtändigere Stiftungen. Die Abſonderung eigener Facultäten ergab ſich dann als eine Nothwendigkeit und in dieſen ſelbſt ein beſtimmtes Verhältniß der Lehrer (Doctoren, Profeſſoren) und Lernenden. Da die Einrichtung der Univerſitäten zu Paris und Bologna, als der älteſten und bedeutend-

---

62) Erlaß des kath. Kirchenraths vom 5. Januar 1831 (Longner, S. 437, Anm.).

63) Statuten, Abſchn. III, §. 1 flg.

64) Wiener Conſiſt. Cur. vom 20. Aug. 1814, Nr. 11 (Müller, Lexikon, S. 67).

65) Cölner Synode von 1662, P. III. tit VI. cap. IV. §. 2 (Hartzheim, IX. 1032), erneuert durch Verordnung vom 15. Nov. 1828 (Sammlung a. a. O. S. 92).

66) Inzwiſchen ſ. m. Müller, Lexikon a. a. O. S. 77, 86.

67) M. ſ. das Edict vom 6. Juni 1832, Art. 13 flg. (Regier.-Blatt Nr. 57, auch bei Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. III, S. 228 flg.), und die Amtsinſtruction für die Decane (a. a. O. S. 244 flg.).

68) Für ſolche Vereine ſind in den einzelnen Ländern beſondere Inſtructionen erlaſſen. So für Württemberg vom 19. Mai 1819 (man vergl. über die Beſtrebungen der württemb. Diöceſanvereine Rheinwald, Repertorium der geſammten Theologie 1840, Bd. XXVIII, H. 1, S. 78 flg.).

69) Im Allgemeinen wird hier auf die bekannten Schriften von Bulä us, Meiners, v. Savigny (Geſch. des röm. Rechtes im Mittelalter, Bd. III), v. Raumer (Geſch. der Hohenſtaufen, Bd. VI) hingewieſen. Auch vergl. man Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 332.

ſten, Muſter für alle übrigen wurde [70]), ſo iſt in Beziehung auf unſeren Zweck kurz daran zu erinnern.

Die Univerſität Paris, in Beziehung auf die Lehrfächer ungetheilt, zerfiel ſeit alter Zeit in vier Nationen [71]), die franzöſiſche, engliſche oder teutſche (Ungarn, Polen und die nordiſchen Reiche enthaltend), die picardiſche und normanniſche. Jede Nation zerfiel in Provinzen, jede Provinz in Sprengel. An der Spitze der Provinz ſtand ein Decan, gewählt von den Gliedern der Provinz. Ueber dieſe führte er ein Inſcriptionsbuch. Er war ein geborner Rathgeber (consiliarius natus) des Procurators der Nation, und dieſer durfte ohne ſeine Einwilligung keine Angelegenheit von Belang ausführen. Die Stelle des Decans galt übrigens für ſo bedeutungsvoll, daß in Paris ſelbſt Glieder des Parlaments dieſelbe gern verwalteten [72]). Seit der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts ſonderten ſich bei Gelegenheit des Streites mit den Bettelmönchen, welche Stellen bei der Univerſität verlangten, die Theologen, dann auch die Juriſten (die Canoniſten) und Aerzte als drei Facultäten, unter der Leitung der Decane, neben welchen die vier Nationen unter den Procuratoren die alte Univerſität bildeten und erſt ſpäter als die vierte Facultät (der Artiſten) angeſehen wurden [73]). Die Facultäten ſelbſt als eigene Collegien beſtanden aus den zu ihnen gehörigen Doctoren.

In Bologna treten zuerſt die Juriſten, dann auch andere Facultäten ſelbſtſtändig auf. An der Spitze ſtanden zwei Rectoren, ſpäter einer, und Conſiliarii (in der teutſchen Nation Procuratores) [74]).

In Teutſchland [75]) folgte man in der Hauptſache der pariſer Verfaſſung, und ſo wurden die Facultäten, aus den Doctoren des beſonderen Fachs beſtehend, mit den Decanen ſelbſt beibehalten. Die Statuten der Univerſitäten geben darüber nähere Auskunft [76]). Ohne hier aber in ein näheres geſchichtliches Detail einzugehen, welches im Artikel Univerſitäten zu erörtern ſein wird, genüge ein Nachweis der gegenwärtigen Stellung des Decans, welche im Weſentlichen auf allen teutſchen Univerſitäten bei den verſchiedenen Facultäten dieſelbe iſt. Des Beiſpiels

---

70) Die Verfaſſung von Paris wurde Muſter für England und Teutſchland, die von Bologna für Italien, Spanien und ſelbſt für das übrige Frankreich.

71) Nationis nomine intelligimus corpus seu sodalitium aliquod magistrorum omnes artes indiscriminatim profitentium in eadem matricula conscriptorum et sub iisdem legibus, institutis praefectisque viventium (Bulaeus, hist. universit. Parisiensis T. I. p. 250).

72) Bulaeus, de decanatu nationis Gallicae. Meiners, Geſch. der hohen Schulen, Bd. I, S. 35, 36.

73) v. Savigny, III. 326 flg.

74) v. Savigny, III. 181, vergl. S. 172, Anm. 74. Die Vorſteher der Facultäten hießen übrigens bald Decan, Prior, Rector u. ſ. w. (v. Savigny a. a. O. S. 295, S. 366 u. a.)

75) Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Bd. III, §. 441. Hugo, Lehrbuch eines civiliſtiſt. Curſus, Bd. VI, S. 187 flg. (3. Ausg.)

76) M. ſ. z. B. die für Greifswalde von 1545, Königsberg 1546, 1616, Halle 1694 u. a. bei Koch, die preußiſchen Univerſitäten, Bd. I. Berlin, Poſen und Bamberg 1839, 8.

wegen wird hier auf die Statuten der berliner Univerſität vom 31. October 1816, und insbeſondere auf die der juriſtiſchen Facultät vom 29. Januar 1838 Bezug genommen[77]).

Jede Facultät übt unter dem Vorſitze ihres Decans die ihr zuſtehenden Rechte und Verpflichtungen. Zur Leitung der Geſchäfte wird der Decan aus der Mitte der Facultät (auf ½ oder 1 Jahr) gewählt. Der Erkorene kann einmal auch ohne Anführung von Gründen das Decanat ablehnen. Will daſſelbe Mitglied aber öfter die Wahl zurückweiſen, ſo hat es ſeine Gründe zu erklären, und die Facultät entſcheidet durch abſolute Stimmenmehrheit, ob ſie giltig ſein ſollen[78]).

Der niederlegende Decan überliefert dem Antretenden das von ſeinem Vorgänger Empfangene und Hinzugekommene, mit Bemerkung des Abgangs, und nimmt darüber eine Verhandlung zu den Acten. Insbeſondere erhält er die Alba und übrigen Namenliſten nebſt den Siegeln (das der Facultät und ein Amtsſiegel)[79]).

Der Decan eröffnet alle an die Facultät, als ſolche, gelangenden Verfügungen, Zuſchriften und Geſuche, hält darüber ein Journal, und bringt das Eingegangene bei der Facultät zur Berathung. Mit Ausnahme deſſen, was in den gewöhnlichen Gang der ihm beſonders übertragenen Geſchäfte gehört, kann er aber für ſich nichts verfügen und beantworten.

So oft er es nöthig hält, beruft er die Facultät, führt in der Verſammlung mit allen Rechten und Pflichten des Präſes eines nach Stimmenmehrheit entſcheidenden Collegiums den Vorſitz, und bringt die Facultätsbeſchlüſſe zur Ausführung. Er verrichtet die Promotionen, oder läßt ſie durch ein anderes Mitglied der Facultät, welches er ad hunc actum als Prodecan conſtituirt, verrichten. Er ſchreibt ferner die zu der Facultät ſich bekennenden Studirenden in das Album derſelben und in das dazu gehörige alphabetiſche Regiſter, führt das Album der Lehrer der Facultät, vollzieht die Zeugniſſe der Studirenden mit den übrigen dazu verordneten Behörden, redigirt den die Facultät betreffenden Antheil des Verzeichniſſes der Vorleſungen, verwaltet die Caſſe der Facultät, hat Sitz und Stimme in der Unterſtützungscommiſſion der Univerſität u. ſ. w.[80]) Er iſt Mitglied des Senates[81]).

Seine Einkünfte beſtehen in den Inſcriptionsgebühren, in den Gebühren für die Zeugniſſe und in einer beſonderen Quote von den Promotionsgebühren[82]).

H. F. Jacobſon.

---

77) Koch a. a. O. S. 41 flg., 87 flg.

78) Univerſ.-Statut. Abſchn. II, §. 10—13. Facult.-Statut. §. 11—16.

79) Univ.-Stat. §. 14, 23. Fac.-Stat. §. 17, 18, 20.

80) Univ.-Stat. 14—21. Fac.-Stat. §. 18, 19. Ueber den Geſchäftsgang ſelbſt und dergl. Fac.-Stat. §. 23 flg.

81) Univ.-Stat. Abſchn. III, §. 14. Auf den Univerſitäten, auf welchen alle ordentlichen Profeſſoren zum Senate gehören, bilden die Decane mit dem Rector einen engeren Ausſchuß.

82) Univ.-Stat. Abſchn. II, §. 22. Fac.-Stat. §. 21, u. ſ. w.

Decret, Decretiren [1]). Im Gegenſatze zu den Erlaſſen des das Verfahren in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten leitenden Richters, welche einen Streitpunkt (interlocutoriſch oder definitiv) entſcheiden (Beſcheid, Erkenntniß, Spruch, Sentenz, Urtheil), erſcheinen die Decrete (Beſchlüſſe, Verfügungen, Reſolutionen), wodurch der Richter, zugleich etwaige Anträge und Geſuche der einen oder der anderen Partei, z. B. Arreſtgeſuche, Friſterſtreckungsbitten u. ſ. w. bewilligend (genehmigend) oder verwerfend [2]), das Verfahren lenkt, es dem Spruch entgegenführt, dazu reif macht, oder denſelben nach eingetretener Rechtskraft zur Vollſtreckung bringt [3]). Die Decrete, welche darauf berechnet ſind, zu bewirken, daß das Verfahren organiſch fortſchreitet, ſind entweder monitoriſche oder arctatoriſche [4]). Unter einem monitoriſchen Decret verſteht man

---

1) v. Wangerow, Theorie der gerichtlichen Decretirkunſt. Halle 1783. Püttmann, Referir- und Decretirkunſt. Leipzig 1783. Terlinden, Verſuch einer praktiſchen Anleitung zum Decretiren. Halle 1804. Gensler, Anleitung zur gerichtlichen Praxis in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten. Erſter Theil. (Heidelb. 1821) §. 55: Decrete im Gebiete des bürgerlichen Prozeſſes, nach derſelben äußeren Formen und ihren Beſtandtheilen. S. 304—320. Derſelbe, Bruchſtücke aus der Lehre von der Eintheilung, Benennung und Wirkung der Decrete, der Friſten und des Ungehorſams in dem bürgerlichen Prozeſſe, S. 190—206 des 4. Bandes des Archivs für civiliſtiſche Praxis. Heidelb. 1821. Müllner, allgemeine Elementarlehre der richterlichen Entſcheidungskunde. Für Richter, Sachwalter und Studirende in allen Staaten teutſcher Zunge. Zweite unveränderte Ausgabe. Leipzig 1819. Puchta, der Dienſt der teutſchen Juſtizämter oder Einzelrichter, Theil 1 (Erlangen 1829), S. 278—310. Von dem Decrete. §. 94—104. Die älteren Lehrbücher des gemeinen teutſchen bürgerlichen Prozeſſes von Sieber, Schaumburg, Knorre, Klaproth, Danz u. ſ. w. haben ſich, zum Theil nur bei der Lehre von der Ladung verweilend, die nur eine beſtimmte Art von Decret iſt (ſ. Ladung), auf die Lehre von den Decreten gar nicht eingelaſſen. Blos Ludovici (Einleitung zum Civilprozeß, 6. Aufl. Halle 1719) handelt in einem beſonderen Capitel (S. 332—335) „von denen Abſcheiden und Decreten." Ihm haben ſich erſt die neueren Lehrbücher angeſchloſſen. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten (3. Aufl. Gieſſ. 1810), §. 98: Richterliche Verfügungen; Sentenzen; bloße Decrete. §. 100: Nähere Betrachtung der bloßen Decrete; bloße Beſchwerden gegen den Richter. §. 139: Regeln für die Entwerfung aller Verfügungen. Martin, Lehrbuch des teutſchen gemeinen bürgerlichen Prozeſſes (11. Ausg. Heidelb. 1834), §. 106—113: Vom Decretiren. S. 174—187. Linde, Lehrbuch des teutſchen gemeinen Civilprozeſſes (5. Aufl. Bonn 1838), §. 167—171, S. 216—223. Von den Schriften über das Verfahren in den einzelnen Staaten des teutſchen Bundes behandeln nur die wenigſtens die Lehre von den Decreten, ſo v. Wendt, vollſtändiges Handbuch des bayerſchen Civilprozeſſes (Nürnberg 1827), §. 69: Leitung des Verfahrens und Entſcheidung. S. 106—110. Bender, Lehrbuch des Civilprozeſſes der freien Stadt Frankfurt (Frankf. 1837), §. 43: Decrete. S. 115—119. Gleiches gilt von den Entwürfen von Civilprozeßordnungen.

2) Particularrechtlich pflegt die Friſt vorgeſchrieben zu ſein, innerhalb deren der Richter auf eine Eingabe verfügen ſoll. S. z. B. Bender a. a. O. S. 116; meine Ausgabe der heſſen-darmſtädtiſchen Civilprozeßordnung v. J. 1724 (Darmſt. 1830), S. 30, 40.

3) Gönner, Handbuch des teutſchen gemeinen Prozeſſes, 2. Aufl., Band 1, Abh. VII, S. 162, 163.

4) Gensler a. a. O. (Archiv) S. 191, 192. Puchta a. a. O. S. 287—289.

den Erlaß des Richters, wodurch er den einen oder den anderen der ſtreitenden Theile davon in Kenntniß ſetzt, daß ihm eine beſtimmte Theilnahme an irgend einem gerichtlichen Acte geſtattet ſei, und er ihm überläßt, von dieſer Befugniß Gebrauch zu machen, ſo daß, mag dieſes geſchehen oder nicht, dieß auf den Act ſelbſt und den Fortgang des Rechtsſtreites keinen Einfluß äußert. Ein ſolches monitoriſches Decret iſt z. B. der Erlaß an die ſtreitenden Theile, wodurch ihnen von der Vorladung der Zeugen oder Kunſtverſtändigen zum Zweck ihrer Vernehmung Nachricht gegeben und ihnen überlaſſen wird, in dem dazu anberaumten Termine zu erſcheinen und der Beeidigung derſelben beizuwohnen, oder das Decret an den Reſtituten, wodurch er von der Anberaumung des Termins zur Ableiſtung des Reſtitutionseides von Seiten des Reſtituenten in Kenntniß geſetzt und worin ihm freigeſtellt wird bei dieſem Acte zu erſcheinen und Zeuge der Ableiſtung dieſes Eides zu ſein. Das Decret, welches dem Producten die Einreichung von Fragſtücken freiſtellt u. ſ. w. Unter arctatoriſchen Decreten verſteht man die, welche eine Handlung gebieten, deren Unterlaſſung als Ungehorſam (contumacia) angeſehen wird, ſo daß den die Handlung unterlaſſenden ſtreitenden Theil ein beſtimmter Rechtsnachtheil trifft. Das arctatoriſche Decret iſt peremtoriſch, wenn die Nichtbefolgung deſſen, was dadurch geboten wird, von der Befugniß ausſchließt, die gebotene Handlung vorzunehmen, z. B. mit der aufhabenden Erklärung gehört zu werden, zur Antretung des auferlegten Beweiſes, zur Ableiſtung des zugeſchobenen oder nothwendigen Eides zugelaſſen zu werden u. ſ. w., dagegen nur dilatoriſch, wenn als Folge nicht dieſer, ſondern ein ſonſtiger Nachtheil des Ungehorſams erſcheint, z. B. die Verbindlichkeit zum Erſatz der Koſten, welche durch die Nichtbefolgung erwuchſen (Contumacialkoſten)[5]. Was die äußere Form des Decretes[6]) betrifft, ſo muß es ſchriftlich abgefaßt ſein[7]). Der Eingang bezeichnet den Namen der ſtreitenden Theile, die Parteirolle und den Streitgegenſtand[8]). Dann folgt (in poſitivem Stil) die deutliche Angabe des Angeordneten, des Gebotenen, Verbotenen und Erlaubten. Den Schluß bildet die Angabe des Ortes, der Zeit (des Tages, Monats und Jahres) und die Bezeichnung des decretirenden Gerichtes. Das Concept des Decretes, gezeichnet von dem Richter, welcher es entwarf, alſo bei Collegialgerichten von den Mitgliedern des Gerichtshofes, bleibt bei den Gerichts-

---

5) Die Terminologie kennt auch noch, außer anderen müßigen Diſtinctionen, eine Eintheilung der Decrete in directe und ſubſidiariſche, je nachdem das Decret unmittelbar von dem zuſtändigen Richter, oder, in Folge der von demſelben ausgehenden Requiſition, von dem requirirten Richter erlaſſen wird. Puchta a. a. O. S. 295.

6) Gensler a. a. O. (Anleitung ꝛc.) S. 307 flg.

7) L. 2. 3. C. de sent. et per. recit. (7. 44.) Cap. 11. X. de probat. (2. 19.)

8) Dieſer Gegenſtand muß möglichſt genau angegeben werden. So genügt es z. B. nicht, daß es heißt „Forderung betr.“, ſondern es muß heißen „Darlehns-, Waarenforderung“ u. ſ. w. Particularrechtlich beſtehen darüber Vorſchriften.

acten [9]) und wird ſo vielfach ausgefertigt, als die Zahl der Theilnehmer an dem Rechtsſtreite beträgt [10]), es ſei denn, daß ein gemeinſamer Bevollmächtigter, insbeſondere Anwalt, beſtellt iſt, in welchem Falle dann eine Ausfertigung genügt [11]). Die regelmäßige Form der Bekanntmachung eines Decretes iſt die Behändigung, Inſinuation [12]). Der Inhalt des Decretes muß dem Zwecke der Erlaſſung entſprechen, daher den, an welchen es gerichtet iſt, vollſtändig belehren über das, was der Richter als geboten, verboten, angeordnet und geſtattet angeſehen wiſſen will [13]). Sind die Motive nicht von ſelbſt erkennbar, ſo iſt der Richter gehalten, ſie gedrängt beizufügen [14]). Hat der Richter bei Erlaſſung des Decretes etwas verſehen, ſo iſt es ihm — und darin unterſcheidet ſich daſſelbe generiſch von dem Urtheil — geſtattet, die Verbeſſerung ſelbſt nachzuholen. Ueberhaupt kann er an die Stelle eines Decretes, das er erlaſſen, ſelbſt ein anderes ſetzen [15]). Glaubt ſich eine Partei durch den Inhalt eines Decretes verletzt, ſo ſteht ihr eine ſogenannte außergerichtliche Beſchwerde frei [16]) (ſ. im 2. Bande den Artikel Beſchwerde, S. 39, 40). Außerdem iſt der decretirende Richter nach allgemeinen Grundſätzen verantwortlich.

Was das Decretiren im Strafprozeſſe betrifft, ſo läßt ſich nur im Allgemeinen hervorheben, daß dieſe richterliche Thätigkeit in dem Zwecke des Strafverfahrens ſeine Bedingung und Richtſchnur findet. Mit Recht ſagt, in beſonderer Beziehung auf den Unterſuchungsrichter, Jagemann, S. 621, Note 3, zum §. 554 ſeines Handbuches der gerichtlichen Unterſuchungskunde (Frankf. 1838): Ueber die Decretirkunſt des Inquirenten muß entweder ſehr kurz oder ſehr ausführlich geſprochen

---

9) Cap. 11. X. de probat.: Omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita quod originalia penes scriptores remaneant.

10) Jüngſter Reichsabſchied §. 34 a. E.: So viel der Citirten ſein werden — damit der Citirte in dieſem allen ſich wohl erſehen und reifflich denken könne.

11) Particularrechtlich iſt hierüber Detaillirtes beſtimmt. S. z. B. über Oeſterreich v. Zimmerl, Handbuch für Richter, Advocaten und Juſtizbeamte (4. Aufl. Wien 1816), Th. 1, S. 413—433: Von Zuſtellung der gerichtlichen Verordnungen. Th. 2, S. 165—188: Von Expedirung des Concluſums, und: von Ausfertigung und Zuſtellung der Expeditionen.

12) Siehe Inſinuation.

13) Gensler, Grundſätze der juriſtiſchen Vortrags- und formellen Entſcheidungskunde, St. 1, 1815, S. 105 flg.

14) Gensler, Anleitung 2c. S. 126 flg., 312. Puchta a. a. O. S. 285, 286.

15) L. 14. D. de re iudic. (24. 1.): Quod iussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra. L. 16. D. de operis novi nunt. (39. 1.): Si opus novum praetor iusserit nuntiari, deinde prohibuit, ex priore renuntiatione agi non potest, quasi adversus dictum eius factum sit. Grolman a. a. O. §. 100, S. 189. Particularrechtlich: Flach, Erläuterungen zum Prozeßgeſetze des Herzogthums Naſſau vom 23. April 1822 2c. (Wiesbaden 1837), S. 149.

16) Gönner a. a. O. S. 167. Particularrechtlich findet ſich die Vorſchrift, daß die Erhebung der außergerichtlichen Beſchwerde (appellatio extraiudicialis) bedingt ſei durch die vergebliche Anbringung des Geſuches um Remedur bei dem beſchwerenden Richter. Siehe dagegen Grolman a. a. O. S. 190, 191.

werden, weil man hierin weniger theoretiſcher Grundſätze, als praktiſcher Fertigkeit bedarf. In dem §. 554 ſelbſt: Decrete und Notizen, trägt der Verf. Folgendes vor: Der Inquirent ſoll zwar über ſeine Thätigkeit allerwärts ſchriftliche Auskunft geben, aber nicht weiter, als es gerade zur Beurtheilung der Formalien nöthig iſt. Dieſe Bemerkungen werden daher meiſtens kurz in die Acten geſchrieben, ſei es in Decretform oder als Notiz. Die Decrete ſind immer in einer präciſen Sprache abzufaſſen, jedoch ſo, daß man nöthigenfalls auch die Gründe daraus entnehmen kann. Namentlich dem Erkenntniſſe des Unterſuchungsverhaftes, der Hausſuchung, der Brieferbrechung u. dgl. ſchickt man gern die Entſcheidungsgründe voraus, weil häufig Beſchwerde darüber geführt wird u. ſ. w. Vergl. noch Grolman, Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft, 3. Aufl., 1818, §. 511, S. 607. Bopp.

Defraudation[1]). Wer dem Staate die ſchuldige indirecte Steuer auf ſchuldvolle Art entzieht, macht ſich der Defraudation ſchuldig. Das römiſche Recht kennt dieſes Vergehen inſofern, als der Staat die indirecten Steuern, beſonders die der Ein= und Ausgangszölle (vectigal, telonium), erhob, oder vielmehr durch ſeine Zollpächter (publicani) erheben ließ[2]). Da Alles das, was verzollt werden mußte, ſelbſt im Falle beſonderer Befreiung anzumelden war, ſo wurde die ſchuldvolle

---

1) Boeckelmann, de vectigali a vectore defraudato. Heidelb. 1660. Horn, de mercibus illicitis, v. Contrebande. Vit. 1684. Krünitz, ökonomiſche Encyclopädie, Th. 8 (Berlin 1776), S. 343—349, u. d. W. Contreband. Klügel, de commissis fraudatorum vectigalium causa. Viteb. 1789. Damhouder, praxis rerum criminalium (Colon. 1591). Cap. 99: De teloniis ac aliis exactionibus, p. 423—428. (Der Verf. Ritter des goldenen Vließes und „Hispaniarum regis Philippi Consiliarius atque per totam Belgiam financiarum Commissarius,“ eifert mit vieler Heftigkeit gegen die, welche auch nur daran dächten, ſich der Entrichtung der vectigalia zu entziehen.) Quiſtorp, Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechtes (5. Aufl. Leipzig 1794), Th. 1, §. 412: Strafe derjenigen, welche den Zoll nicht berichtigen. S. 624, 625. Wächter, Lehrbuch des römiſch=teutſchen Strafrechtes (Stuttg. 1826), Th. 2, §. 249: Zollvergehen. S. 600. Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Criminalrechtes (2. Aufl. 1840), §. 538: Verbrechen gegen die Finanzhoheitsrechte. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft (Neuſtadt 1836), §. 441: Beeinträchtigung der Finanzrechte. Müller, Promtuarium iuris novum, tom. II. (Lips. 1785) s. v. Commissa. p. 1397—1401. Sickel, Repertorium, Band 1 (Leipzig 1835), u. d. W. Defraudation, S. 147—149, Acciſe, S. 7, Zoll, S. 348. S. auch noch Pfeffinger, corpus iuris publici, tom. III. (1754) p. 483 sq.

2) L. 17. §. 1. D. de verb. sign. (50. 16.) L. 6. 8. 9. C. de vect. (4. 61.) Hegewiſch, hiſtoriſcher Verſuch über die römiſchen Finanzen. Altona 1804. Boſſe, Grundzüge des Finanzweſens im römiſchen Staate. Braunſchw. 1804. Burmann, dissertatio de vectigalibus populi rom. Trai. ad Rh. 1694; ed. II. auct. Lips. 1734. Savigny, über die römiſche Steuerverfaſſung unter den Kaiſern (in der Zeitſchrift für hiſtoriſche Rechtswiſſenſchaft, Bd. 6, Nr. V). Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes (2. Aufl. Halle 1837), Th. 1, §. 203.

Unterlaſſung[3]) beſtraft[4]), und zwar im Falle der Argliſt mit Confiscation der Waare und des Transportmittels[5]), ja ſelbſt mit Capitalſtrafe[6]), im Fall der Culpa mit der Strafe des Doppelten des Zolles[7]). Ward die verfallene Waare (commissum) doloſe vernichtet, ſo trat an deren Stelle der Werth[8]). Nach fünf Jahren war das Recht auf Strafe verjährt[9]). Schon wegen des Zuſammenhanges dieſer Geſetzgebung mit der Verfaſſung und Verwaltung des römiſchen Reiches, mit deſſen Untergang ſie erloſch, fand ſie, als das römiſche Recht, insbeſondere das Strafrecht, in Teutſchland zur Herrſchaft gelangte, keinen Eingang, außer etwa inſofern, als man lehrte, daß die Strafe der Confiscation der Waare, die als Gegenſtand der Defraudation erſcheine, zur Anwendung komme, eine Lehre, deren Spuren ſich in der Praxis verfolgen laſſen[10]). Die teutſchen Rechtsbücher der Sachſen- und Schwabenſpiegel beſchäftigen ſich mit beſtimmten Zöllen, bedrohen aber die Defraudanten blos mit Geldſtrafe. So heißt es im erſteren, Theil 2, Art. 27: Swer ſo brucken zol oder wazzer zol entvuret, der ſal in virvalt gelden. Swer ſo markt zol entvuret, der ſchal drizig ſchillinge geben[11]); im letzteren, Cap. 216: Der purg zölle oder waſſer zölle hinfürt mit wiſſen, der ſol in vierfalt gelten, ob jeman da iſt, der ihn vordere. Und iſt da nyeman, der kauffman ſol dreymal ruffen nach dem Zoller ſo er aller leuteſt mag, und iſt da nyeman, er ſol es got ergeben und ſein ſtraß fahren. Und kommet er aber hinwider und vordert der zollner ſeinen zolle, er ſol im in geben. Und ſchuldiget er in, er hab im ſeinen zoll verfaren, des ſol er zu den heyligen ſchwören, das er im geruffet hab dreymal. Er ſol nit zeügen darumb layten, wann man nympt an maniger ſtat zol, do nicht lewt ſeynd geſeſſen. Cap. 217: Der marckzöll verfüret mit wiſſen, der ſol geben dreißig ſchilling. Thut aber er als hievor geſprochen iſt, er wirdt auch ledig[12]). Einzelne

---

3) Schuldloſigkeit ſchloß von aller Strafe aus. L. 16. §. 8. D. de publ. et vect. (39. 4.): Si propter necessitatem adversae tempestatis expositum onus fuerit, non debere hoc commisso vindicari, Divi Fratres rescripserunt.

4) Poena commissi. Brissonius, de verb. signif. s. v. Committere. Leyser, medit. ad Pand. spec. 430: De commissis.

5) L. 8. 11. §. 2. L. 16. §. 11. eod.

6) L. 11. §. 2. eod: Dominus navis, si illicite aliquid in nave vel ipse, vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro vel gubernatore, aut proreta nautave aliquo id factum sit, ipsi quidem capite puniuntur, navis autem domino restituitur.

7) L. 16. §. 10. eod.

8) L. 2. Cod. cit. Leyser l. c. med. 1—3. Der Verfaſſer theilt ein Urtheil der Juriſtenfacultät zu Wittenberg mit, welches die Frage, ob auch das Recht auf Entrichtung des defraudirten Zolles ſelbſt und dieſer überhaupt der Verjährung unterworfen ſei, verneint.

9) L. 2. Cod. cit.

10) Schilter, praxis iuris romani, Exercit XLII. §. 63.

11) Der Sachſenſpiegel, herausgegeben von Jul. Weiske (Leipzig 1840), S. 79. Schilter l. c. §. 61.

12) Senkenberg, corpus iuris germanici, tom. II. (Frankf. 1766.) p. 265.

Statutarrechte, die vom Zoll handeln, ſprechen ſich auch über die Strafe der Defraudation aus. So heißt es z. B. in den augsburgiſchen Statuten vom Jahre 1276 §. 19: Was Rechts der Zollner heb in der Stat[13]), unter Anderem: Füret ein Gaſt dem Zollner ſinen Zoll hin, begrifet er den, ſo ſoll im der Zollner geben ſinen Zoll, den er von im genommen ſolt hen und ſoll ſich der Zollner Jenes guts unterwinden und ſoll es im uff Gnad haben; und in den freibergiſchen Statuten, revidirt im Jahre 1577, Art. 226 flg.[14]): Iſt, daß ein Mann, der Zoll frei iſt, den Zöllner teuſchet mit dem Zoll und will ein andern Mann ledig machen, der zu recht zollen ſoll, und ſpricht, daß das Guth ſein ſei, oder wie das iſt, daß er den Zöllner äffete, und mag ihn der Zöllner überweiſen mit zweenen beſeſſenen Männern, der Mann muß 5 Thaler Geld geben dem Rath und der Stadt, und die Habe, die in den Zeugen benannt wird, da er mit geteuſchet und unrecht gefahren iſt, hat an den Zoll, wie viel der iſt, die iſt des Raths zu recht. — Iſt, daß ein Mann ſeinen rechten Zoll entfähret, dem ſoll der Zöllner nachfolgen mit dem Landgericht, und iſt daß er ihn begreift an wahrhaftiger That, was er da gutes findet, das iſt verlohren, das mag ſich der Rath unterwinden mit Recht, der Landrichter hat ſeine Buße darzu, das iſt 30 Schilling. — Die ſich mit dem wuchernden Zollweſen, das ſchon im dreizehnten Jahrhundert ſo verſchrieen war, daß es der Engländer Wickes miram insaniam Germanorum nannte (ſ. Prätorius, Verſuch über das Beſteuerungsweſen, Königsberg 1802, S. 36), beſchäftigende, beſonders auf die Verhinderung willkürlicher Zollerhebungen gerichtete Reichsgeſetzgebung[15]) bedrohte die Zolldefraudation mit der Strafe der Confiscation. So werden z. B. von der „Kaiſerlich Majeſtät Commerzienordnung, was vor Handelswaaren ins Römiſche Reich paſſabel und wie es mit Viſitation der Contrabanden zu halten," vom 8. Juni 1705[16]), alle Handels- und Fuhrleute ermahnt, ſich aller verbotenen Um- und Abwege zu Abbruch der berechtigten Zollſtätte bei Strafe der Confiscation, im Fall die Umfahrung erweislich auf des Kaufmanns Ordre geſchehen (denn ſonſten nur der Kaufmann pro modo delicti zu beſtraffen) gänzlich zu enthalten[17]). Unter den jetzt in Teutſchland herrſchenden Geſetzgebungen,

---

13) Walch, vermiſchte Beiträge zum teutſchen Rechte, Th. 4 (Jena 1774), S. 49.

14) Walch a. a. O. Th. 3 (1773), S. 260, 261.

15) Vergl. überhaupt: Struben, rechtliche Bedenken, Th. 2, Bed. 71. **Pfeffinger** l. c. p. 1441 sq. Lang, hiſtoriſche Entwickelung der teutſchen Steuerverfaſſungen. Berlin 1793. Stündeck, hiſtoriſch-juriſtiſche Abhandlung über die Steuerverfaſſung in teutſchen Reichslanden. Duisburg 1794. v. Ulmenſtein, pragmatiſche Geſchichte der Zölle in Teutſchland ꝛc. Halle 1798. Häberlin, Handbuch des teutſchen Staatsrechtes, Bd. 3 (Berlin 1797), S. 1—33. Gönner, teutſches Staatsrecht (Landsh. 1804), S. 641 flg. Geſch. Erläuterung des teutſchen Staatsrechtes, I Zollweſen. Frankf. 1832.

16) Senckenberg, Sammlung der Reichsabſchiede, Th. 4, S. 207 flg.

17) S. ebendaſ. S. 215. Vergl. auch noch Reichstagsabſchied zu Augsburg vom J. 1530, §. 92: Dergleichen trägt ſich zum offtermal zu, daß leichtfertige muthwillige Perſonen die Zöll, damit die Uberkeit ſonder begnadet, und privilegirt, fürſetzlich und muthwilliglich verfahren. Senckenberg a. a. O. Th. 2, S. 321.

welche die Defraudation verpönen[18]), hebt ſich, ſchon in Bezug auf den geographiſchen Umfang, die neue Legislation des preußiſch-teutſchen Zollvereins hervor. Denn in dieſer iſt das wahr geworden, was Mittermaier im Jahre 1836 vorher ſagte: Die Ausbreitung des preußiſchen Zollvereins wird bald ein auf den ganzen Zollverein ausgedehntes Zollſtrafgeſetzbuch herbeiführen (Archiv des Criminalrechtes. Neue Folge. Jahrg. 1836, Nr. XII. Das neue öſterreichiſche Strafgeſetzbuch über Gefällsübertretungen, angezeigt von ꝛc. S. 324). Der erſte Theil dieſes Codex, das Zollgeſetz, der allgemeine Grundſätze des Zollſyſtems aufſtellt, umfaßt (zur Grundlage des Folgenden dient die Faſſung des für das Großherzogthum Heſſen publicirten Geſetzes vom 9. März 1838, in deſſen Eingang es heißt: In Folge der mit den Regierungen der übrigen Zollvereinsſtaaten getroffenen Vereinbarung über die allſeitige Aufhebung der verſchiedenen ſeither noch beſtandenen Zollordnungen und über die Einführung einer für die ſämmtlichen Vereinsſtaaten übereinſtimmenden Zollgeſetzgebung haben wir — verordnet ꝛc.) 45 Paragraphen. Nach §. 24 ſollen da, wo das Vereinsgebiet an das Ausland, d. h. an fremde, nicht zu dem Vereine gehörende Länder grenzt, Grenzbezirke, deren Breite ſich nach der Oertlichkeit beſtimmt, ſich hinziehen, während der §. 35 verfügt: Innerhalb des Grenzbezirkes können früher beſtandene Gewerbe mit zollpflichtigen fremden, einem höheren, als dem allgemeinen Eingangszolle unterliegenden, oder mit gleichnamigen inländiſchen, ſowie mit allen einem Ausgangszolle unterworfenen Gegenſtänden nur fortgeſetzt und neue nur angefangen und betrieben werden unter Beobachtung derjenigen Vorſchriften, welche von den oberſten Verwaltungsbehörden mit Berückſichtigung der örtlichen Verhältniſſe anzuordnen, ſowie durch die gewerbs-

---

18) Das Strafgeſetzbuch des Königreichs Bayern beſchränkt ſich darauf, im Artikel 433 auszuſprechen: Wer den Staat um die demſelben ſchuldigen Abgaben oder Gefälle betrüglich verkürzt, iſt um den vierfachen Betrag des beabſichtigten Gewinnes zu beſtrafen, wenn nicht die That durch die damit verbundenen Umſtände in eine ſchwerere Uebertretung übergeht. Vergehen wider die Siegeltaxe, Defraudation der Aufſchläge, Mauten und Zölle ſind nach den darüber vorhandenen beſonderen Verordnungen zu ahnden. (Der Kleinſchrod'ſche Entwurf hatte §. 597 vorgeſchlagen: Zoll-, Mauth- und Acciſe-Verbrechen ſind nach den beſonders hierüber ergangenen Geſetzen zu beſtrafen.) Ebenſo beſchränkt ſich das Strafgeſetzbuch für das Königreich Württemberg darauf, in dem Art. 368 zu ſagen: Betrügliche Beeinträchtigungen des Staatsvermögens durch Verletzung der beſtehenden Abgabegeſetze werden nach Maßgabe der letzteren geahndet, indem es in §. 445 hervorhebt, daß die bei der Verwaltung der indirecten Steuern angeſtellten Beamten und Diener, wenn ſie die ihnen bekannt gewordenen Uebertretungen der Abgabegeſetze, für deren Handhabung ſie aufgeſtellt ſeien, aus Nachſicht verſchwiegen, mit Dienſtentlaſſung, und, wenn ſie einen Pflichtigen durch Hintergehung deſſelben zur Contravention verleiteten oder zur Defraudation mitwirkten, mit dem Verluſte der bürgerlichen Ehren- und der Dienſtrechte zu beſtrafen ſeien. Strafgeſetzbuch für das Königreich Württemberg (Stuttg. 1839), S. 117, 143. Ausführlich iſt das preußiſche Landrecht Th. 2, Tit. 20, §. 270—311, Tit. 15, §. 120—137. Vergl. noch: Schönbrodt, Sammlungen der Verordnungen über die Gewerbs-, Handels- und Abgabeverhältniſſe in den Vereinsſtaaten Teutſchlands, ein Handbuch. Potsdam 1834, 1835, 3 Theile.

polizeilichen Geſetze gegeben ſind, um das Gewerbs- und Zollintereſſe zu ſichern. Die weiteren Beſtimmungen hierwegen, und zwar insbeſondere wegen Führung von Handelsbüchern von Seiten der Kaufleute im Grenzbezirke, dann wegen Beſchränkung der Krämer und anderer Gewerbtreibenden in kleineren Orten des Grenzbezirks bei dem unmittelbaren Waarenbezuge aus dem Auslande, ſowie wegen der Beſchränkung der Hauſirgewerbe im Grenzbezirke werden durch den zweiten Theil dieſer Verordnung (Zollordnung) ertheilt werden. Der §. 36 handelt von dem Waarenverkehr außerhalb des Grenzbezirks (ſ. unten). Nach §. 37 können, wenn aus Gründen zu vermuthen iſt, daß irgend Jemand im Grenzbezirke ſich einer Uebertretung der Zollgeſetze ſchuldig gemacht habe, oder dazu durch Bergung verbotener oder zollpflichtiger Waare mitwirke, zur Ermittelung der Contravention Nachſuchen nach ſolchen Vorräthen, unter Erforderung des Nachweiſes über bewirkte Verzollung oder inländiſchen Urſprung, ſelbſt Hausſuchungen von Zollbeamten unter Leitung eines Vorgeſetzten vorgenommen werden, jedoch mit der Beſchränkung, daß „Hausviſitationen" nur unter Zuziehung des Ortspolizeibeamten und nur nach Sonnenaufgang und vor Sonnenuntergang zuläſſig ſind. Ausnahmsweiſe bedarf es dieſer Förmlichkeiten nicht, wenn auf der That betroffene, von den Zollbeamten verfolgte Schleichhändler in Gebäuden Zuflucht ſuchen, indem dann die verdächtigen Räume den Zollbeamten auf Verlangen ſogleich geöffnet und dieſe auf keine Weiſe gehindert werden ſollen. Auch ſind unter dieſen Nachſuchungen die gewöhnlichen Reviſionen bei den nach §. 35 unter Controle ſtehenden Gewerbtreibenden nicht begriffen. Im §. 38 wird hervorgehoben, daß Hausſuchungen außerhalb des Grenzbezirks zum Zweck der Verfolgung einer Uebertretung der Zollgeſetze nur von den zur Unterſuchung derſelben competenten Gerichtsbehörden angeordnet und unter ihrer Leitung vorgenommen werden könnten, während der §. 39 verordnet, daß Perſonen, die der Augenſchein dem Verdachte ausſetze, daß ſie Waaren unter ihren Kleidern verſteckten, und welche der Aufforderung der Zollbeamten, ſich derſelben zu entledigen, nicht ſofort vollſtändig genügten, der körperlichen Viſitation ausgeſetzt werden könnten; indeſſen müßten ſie, wenn ſie dieſe nicht bei der nächſten Zollſtelle oder Ortsbehörde wollten geſchehen laſſen, vor das zur Unterſuchung der Zollſtraffälle competente Gericht geführt werden. Der zweite (Zollordnung genannte) Theil des Zollgeſetzes enthält (in 113 §§.) „Vorſchriften für den Vollzug der allgemeinen Grundſätze des Zollſyſtems", und handelt im erſten Abſchnitte „von der Erhebung der Zölle und der Waarenabfertigung, ſo weit ſolche an der Grenze ſtattfinden", im zweiten Abſchnitte „von verſchiedenen Einrichtungen und Anſtalten zur Erhebung und Sicherung der Zölle", im dritten Abſchnitt „von Verkehrserleichterungen, Befreiungen und Ausnahmen", im vierten Abſchnitt „von den zum Schutze der Zollabgaben dienenden Einrichtungen und Vorſchriften", im fünften und letzten Abſchnitt „von den Dienſtſtellen und Beamten, ihren amtlichen Befugniſſen und Pflichten gegen das Publicum". Der dritte und letzte, 45 §§. umfaſſende Theil des Zollgeſetzes (Zollſtrafgeſetz) handelt „von den Uebertretungen der Vorſchriften des Geſetzes und deren Beſtrafung", und zerfällt

in zwei Abſchnitte, das Materielle und Formelle umfaſſend. Denn während der erſte, die §§. 1—27 enthaltende, Abſchnitt ſich mit den „Strafbeſtimmungen“ beſchäftigt, zeichnet der zweite Abſchnitt (§. 28—43) das „Strafverfahren“ vor. Der erſte Abſchnitt handelt von der Strafe der Contrebande, der Defraudation, der Contravention, der Beſtechung der Widerſetzlichkeit, ſowie von der Entſchuldigung mit der Unbekanntſchaft der Zollgeſetze [19]) und von der Verjährung [20]). Hierher gehören die §§. 1—23. §. 1. Wer es unternimmt, Gegenſtände, deren Ein-, Durch- oder Ausfuhr verboten iſt, dieſem Verbote zuwider, ein-, durch- oder auszuführen, hat die Confiscation der Gegenſtände, in Bezug auf welche das Vergehen (die Contrebande) verübt worden iſt, und zugleich eine Geldbuße verwirkt, welche dem doppelten Werthe jener Gegenſtände gleichkommen ſoll. Falls der Werth weniger als die Hälfte von 15 Gulden beträgt, oder gar nicht ermittelt werden kann, ſoll die Geldſtrafe in fünfzehn Gulden beſtehen. §. 2. Wer es unternimmt, dem Staate die Ein-, Aus- oder Durchgangsabgaben zu entziehen, hat die Confiscation der Gegenſtände, in Bezug auf welche das Vergehen (die Zolldefraudation) verübt worden iſt, und zugleich eine, dem vierfachen Be-

---

19) Damit ſoll ſich Niemand, auch nicht der Ausländer, entſchuldigen können. Simon und v. Strampff, Rechtsſprüche der preußiſchen Gerichtshöfe, Band 1 (Berlin 1828), S. 219 flg. (Es wurde dahin erkannt, daß der Nachweis der fehlenden Abſicht nicht von der Strafe befreie.) Vergl. dagegen mehrere Rechtsſprüche des badiſchen Oberhofgerichts in Mannheim, bei Hohnhorſt, Jahrbücher des Oberhofgerichts in Mannh. Band 4, S. 261 flg., Band 9, S. 208 flg. Nach einer badiſchen Verordnung vom 1. März 1838, die aus einer Uebereinkunft mit den Vereinsſtaaten hervorgegangen iſt, kann im Fall eines „entſchuldbaren Vergehens“ eine Milderung der Strafe durch Ahndung mit Ordnungsſtrafe von 1 bis 15 Gulden eintreten.

20) §. 27: In denjenigen Fällen, wo nur eine Ordnungsſtrafe zu erkennen iſt, tritt nach einem Jahr, und in denjenigen Fällen, wo die auf die Contrebande oder Defraudation geſetzten Strafen zur Anwendung kommen würden, nach drei Jahren die Verjährung dergeſtalt ein, daß eine jede Uebertretung, wenn ſolche vor Ablauf dieſer Zeit nicht zur Anzeige gekommen iſt, nicht mehr unterſucht und beſtraft werden ſoll. — Das badiſche Zollſtrafgeſetz vom 3. Auguſt 1837 (ſ. großherzl. badiſches Staats- und Regierungsblatt Nr. 30 vom 25. Auguſt) umfaßt das materielle Strafrecht in 48 §§. In den §§. 1—6 heißt es: §. 1. Die Zollvergehen ſind a) Contrebande, b) Defraudation und c) Controlvergehen. §. 2. Wer ein Ein-, Aus- und Durchgangsverbot übertritt, macht ſich der Contrebande ſchuldig. Wer dem Staate einen ihm ſchuldigen Ein-, Aus- oder Durchgangszoll oder eine der beſtehenden Ausgleichungsabgaben vorenthält, macht ſich der Defraudation ſchuldig. §. 4. Wer Zollgeſetze oder Verordnungen übertritt, deren Uebertretung nicht eines der in den §§. 2 und 3 benannten Vergehen begründet, macht ſich eines Controlvergehens ſchuldig. §. 5. Wer eine Contrebande begeht, nachdem er wegen einer früheren Verübung einer ſolchen von einem vereinsländiſchen Gerichte oder von einer vereinsländiſchen Finanzbehörde rechtskräftig verurtheilt war, macht ſich des Rückfalles der Contrebande ſchuldig. Unter denſelben Bedingungen begründet der Wiederholung der Defraudation einen Rückfall dieſes Vergehens. §. 6. Die auf die Zollgeſetze geſetzten Strafarten ſind folgende: a) Geldſtrafen, b) Confiscation, c) Freiheitsſtrafe, d) zeitliche Niederlegung des Gewerbes, e) Entziehung einer Zollbegünſtigung. Im §. 19 wird ausführlich vom Thatbeſtand der Contrebande und Zolldefraudation gehandelt. Der §. 20 betrifft den Thatbeſtand der Defraudation der Ausgleichungsabgaben.

trage der vorenthaltenen Abgaben gleichkommende Geldbuße verwirkt. Dieſe Abgaben ſind außerdem nach dem Zolltarife zu entrichten. §. 3. Im Wiederholungsfalle, nach vorhergegangener rechtskräftiger Verurtheilung, wird außer der Confiscation der Gegenſtände des Vergehens, die nach §. 1 und 2 eintretende Geldbuße verdoppelt. §. 4. Ein fernerer Rückfall, nach früherer rechtskräftiger Verurtheilung, zieht, außer der Confiscation der Gegenſtände des Vergehens, die Verdoppelung der §. 3 bezeichneten Geldbuße, — anſtatt derſelben aber eine verhältnißmäßige Gefängnißſtrafe, die jedoch die Dauer von vier Jahren nicht überſteigen darf, und den Verluſt des Gewerbes, bei welchem die Contrebande oder Zolldefraudation begangen wird, bis zu fünf Jahren nach ſich. Doch kann ausnahmsweiſe nach richterlichem Ermeſſen, mit Berückſichtigung aller Umſtände des vorliegenden Falles und der vorausgegangenen Fälle, anſtatt der Gefängnißſtrafe, auf die oben bezeichnete Geldſtrafe dann erkannt, auch von der Entziehung des Gewerbebetriebes Umgang genommen werden, wenn der Uebertreter die Contrebande oder Defraudation nicht gewerbmäßig betreibt, oder wenn derſelbe nicht eine der früheren, oder die letzte Uebertretung unter erſchwerenden (§. 11 bis 15), oder überhaupt unter ſolchen Umſtänden begangen hat, unter welchen die betrügliche Abſicht beſtimmt vorgelegen hat oder vorliegt. Im Fall die Geldſtrafe nicht beigetrieben werden kann, findet ſtatt derſelben verhältnißmäßige Freiheitsſtrafe innerhalb des oben bezeichneten Maximums ſtatt. §. 5. Kann der Betrag des vorenthaltenen Zolles, welcher nach den §. 2, 3 und 4 der Beſtimmung der Strafe zu Grunde zu legen iſt, nicht mehr ausgemittelt werden, ſo iſt der Geldbetrag der Strafe nach richterlichem Ermeſſen auf funfzehn bis hundertfunfzig Gulden feſtzuſetzen. §. 6. Die Contrebande oder Defraudation wird als vollbracht angenommen: 1) wenn bei der Anmeldung an der Zollſtätte a) Gewerbtreibende oder Frachtführer verbotene oder abgabepflichtige Gegenſtände gar nicht, oder in zu geringer Menge, oder in einer Beſchaffenheit, die eine geringere Abgabe würde begründet haben, declariren, oder b) andere Perſonen dergleichen Gegenſtände wider beſſeres Wiſſen unrichtig declariren oder bei der Reviſion verheimlichen; 2) wenn bei dem Transport verbotene oder abgabepflichtige Gegenſtände im Grenzbezirke a) die Zollſtätte, bei welcher dieſelben bei dem Ein- oder Ausgange hätten angemeldet und geſtellt werden ſollen, ohne ſolche Anmeldung überſchritten oder ganz umgangen, b) die vorgeſchriebene Zollſtraße oder der im Zollausweiſe bezeichnete Weg nicht eingehalten, c) der Transport ohne Erlaubniß der Behörde außer der geſetzlichen Tageszeit bewirkt wird, oder d) Gegenſtände ohne den vorſchriftmäßigen Zollausweis betroffen werden, oder mit dieſem nicht übereinſtimmen; 3) wenn über verbotene oder abgabepflichtige Gegenſtände, welche aus dem Auslande eingehen, vor der Anmeldung und Reviſion bei der Zollſtätte, oder wenn über derartige, zur Durchfuhr oder zur Verſendung nach einer öffentlichen Niederlagsanſtalt declarirte, oder ſonſt unter Begleitſchein gehende Gegenſtände, auf dem Transport gegen die Vorſchriften der Zollverordnungen verfügt wird; 4) wenn Gewerbtreibende im Grenzbezirke ſich nicht, in Gemäßheit der nach §. 35 des erſten Theiles dieſer Verordnung getroffenen Anordnungen, über

die erfolgte Verzollung oder die zollfreie Abſtammung der vorgefundenen Gegenſtände ausweiſen können; 5) wenn unverzollte Waaren, aus einer Anſtalt zur Niederlage derſelben ohne vorſchriftmäßige Declaration (Abmeldung) entfernt werden. Das Daſein der in Rede ſtehenden Abtretungen und die Anwendung der Strafe derſelben, wird in den vorſtehend unter 1 bis 5 angeführten Fällen lediglich durch die daſelbſt bezeichneten Thatſachen begründet. Kann jedoch in den unter 2 und 4 angeführten Fällen der Angeſchuldigte vollſtändig nachweiſen, daß er eine Contrebande oder Zolldefraudation nicht habe verüben können oder wollen, ſo findet nur eine Ordnungsſtrafe nach Vorſchrift §. 17, lit. b, ſtatt. §. 7. Wenn in den im §. 36 des erſten Theiles dieſer Verordnung bezeichneten Fällen [21]) der zollordnungsmäßige Ausweis über die im Binnenlande transportirten Waaren nicht zur Stelle ertheilt werden kann, oder die erforderliche Vormerkung in den Handlungsbüchern fehlt, oder die verordnete Anmeldung unterblieben iſt, ſo wird zwar hierdurch der Verdacht einer begangenen Zolldefraudation und dem Befinden nach die vorläufige Beſchlagnahme der ohne die vorgeſchriebene Bezettelung oder Vormerkung in den Handelsbüchern vorgefundenen Waaren begründet. Wiederlegt ſich aber dieſer Verdacht bei näherer Unterſuchung, ſo findet nur eine Ordnungsſtrafe nach §. 17, lit. b, ſtatt. Auf die Behauptung, daß die Gegenſtände, woran die Defraudation verübt worden, zum Durchgange beſtimmt geweſen, ſoll nur in dem Falle Rückſicht genommen werden, wenn die Defraudation erſt beim Ausgangsamte und unter ſolchen Umſtänden entdeckt wird, daß dabei nur eine Verkürzung der Durchgangszölle beabſichtigt ſein kann. In allen anderen Fällen ſind, ohne Rückſicht auf die gedachte Behauptung, die Eingangs-, beziehungsweiſe Ausgangszölle zu entrichten, und iſt nach ihnen die verwirkte Strafe abzumeſſen. §. 9. Wenn ein Frachtführer, nach Vorſchrift des §. 6, Nr. 1, lit. a, wegen unrichtiger Declaration verurtheilt, derſelbe jedoch durch die ihm von dem Befrachter mitgegebenen Declarationen, Frachtbriefe oder andere ſchriftliche Notizen über den Inhalt der Colli, zu der unrichtigen Declaration veranlaßt worden, oder wenn in den §. 6, Nr. 4, angeführten Fällen die Verurtheilung lediglich auf den Grund der daſelbſt bezeichneten Thatſachen

21) Es heißt in dieſem §. 36 (ſ. oben), über den Grenzbezirk hinaus finde im Inlande, nach näherer Vorſchrift des zweiten Theils (der Zollordnung) eine weitere Beaufſichtigung des Waarenverkehrs nur inſofern ſtatt, daß 1) die aus dem Auslande oder aus dem Grenzbezirke in das Innere übergehenden Waaren mit den im Grenzbezirke empfangenen Abfertigungsſcheinen bis zum Beſtimmungsorte begleitet ſein müßten, daß 2) bei gewiſſen hochbeſteuerten Waaren die Verſendungen im Inlande zu größeren Quantitäten nur auf Frachtbriefe oder Transportzettel geſchehen dürften, daß 3) von den Handeltreibenden, welche dergleichen hochbeſteuerte Waaren unmittelbar aus dem Auslande bezögen, über den Handel mit denſelben Buch zu führen und darin der Tag und der Ort, an welchem die Verzollung geleiſtet worden, jedesmal beim Empfang der Waare anzubemerken ſei, endlich 4) Waarenführer und Handeltreibende bei dem Transport zollpflichtiger fremder oder gleichnamiger inländiſcher Waaren, und, inſofern es Artikel der unter 2 bezeichneten Waaren ſeien, auch darüber aufrichtige Auskunft zu geben hätten, von wem und woher die Waaren bezogen worden ſeien, und wohin, auch an wen ſie abgeliefert werden ſollten.

erfolgt iſt, ohne daß die Defraudation ſelbſt weiter nachgewieſen worden, ſo findet im Falle der Wiederholung einer ſolchen Uebertretung die Strafe des Rückfalles nicht ſtatt. Auch ſoll eine ſolche Verurtheilung die Strafe des Rückfalles bei einer nachfolgenden Zollübertretung nicht begründen. §. 10. Werden Gegenſtände, deren Ein=, Durch= oder Ausfuhr verboten iſt, 1) bei den Grenzzollamte von Gewerbtreibenden ausdrücklich angezeigt, oder von anderen Perſonen vorſchriftsmäßig zur Reviſion geſtellt, oder 2) kommen ſolche Gegenſtände mit der Poſt an, und kann derjenige, an welchen ſie geſendet ſind, einer beabſichtigten Contrebande nicht überführt werden, ſo findet keine Strafe, wohl aber Zurückſchaffung der Gegenſtände ſtatt. Im erſten Falle geſchieht die Zurückſchaffung auf Koſten desjenigen, welcher die verbotenen Gegenſtände bei ſich geführt hat; im zweiten Falle haften für die etwa dem Staate verurſachten Koſten die Gegenſtände ſelbſt. §. 11. Die Strafe der Contrebande oder Defraudation wird um die Hälfte geſchärft: 1) wenn die Gegenſtände beim Transporte in geheimen Behältniſſen oder ſonſt auf eine künſtliche und ſchwer zu entdeckende Art verborgen, oder 2) wenn zum Durchgange oder Wiederausgange angemeldete oder ſonſt unter Begleitſcheincontrole gehende Gegenſtände auf dem Transporte vertauſcht, oder in ihren Beſtandtheilen verändert worden ſind, wobei jedoch das im §. 4 feſtgeſetzte Maximum der Gefängnißſtrafe nicht überſchritten werden darf. §. 12. Dieſe Strafe (§. 11) tritt gleichfalls ein, wenn Gewerbtreibende, denen zur Beförderung ihres Gewerbes und unter der Bedingung der Verwendung zu dieſem Zwecke, abgabepflichtige Gegenſtände ganz frei, oder gegen eine geringere Abgabe verabfolgt worden ſind, dieſelben ohne vorherige Nachzahlung der Gefälle anderweit verwenden oder veräußern; oder wenn Perſonen, denen Waaren unverzollt anvertraut worden, mit denſelben Unterſchleif treiben, oder zu treiben verſtatten. Außerdem gehen ſie, in dem einen wie in dem anderen Falle, der ihnen gewährten Begünſtigung für immer verluſtig. §. 13. Die Vereinigung von drei oder mehreren Perſonen zu gemeinſchaftlicher Verübung von Zollvergehen wird, außer den für letztere in dieſer Verordnung beſtimmten Strafen: a) wenn die Vereinigung nur für einen einzigen Fall ſtattfand, gegen den Anführer, ſowie gegen den Anſtifter, mit drei= bis ſechsmonatlicher, — und gegen die übrigen Theilnehmer mit ein= bis dreimonatlicher Gefängnißſtrafe, b) wenn die Uebertretung ohne vorgängige beſondere Verabredung wiederholt, oder die Vereinigung für mehrere Fälle eingegangen war, gegen den Anführer, ſowie gegen den Anſtifter mit ein= bis zweijähriger, und gegen die übrigen Theilnehmer mit ſechsmonatlicher bis einjähriger Gefängnißſtrafe geahndet. Wenn drei oder mehrere Perſonen im Grenzbezirke auf Nebenwegen oder zur Nachtzeit zuſammen in Verübung von Zollvergehen betroffen worden ſind, ſo wird angenommen, daß ſie ſich zur gemeinſchaftlichen Verübung derſelben verbunden haben, es ſei denn, daß ſie nachweiſen, daß ihr Zuſammenſein nur ein zufälliges geweſen. §. 14. a) Derjenige, welcher Contrebande oder Zolldefraudation unter dem Schutze einer Verſicherung (Aſſecuranz) verübt, verfällt neben der auf das Vergehen ſelbſt geſetzten Strafe in eine Gefängnißſtrafe von zwei bis drei Monaten. b) Wird die Contrebande oder

Zolldefraudation von drei oder mehreren zu dieſem Zwecke verbundenen Perſonen unter dem Schutze einer Verſicherung verübt, ſo iſt die nach Verſchiedenheit der im §. 13 bezeichneten Fälle verwirkte Strafe, gegen den Anführer, ſowie gegen den Anſtifter, mit achtmonatlicher bis einjähriger, und gegen die übrigen Mitglieder mit vier- bis ſechsmonatlicher Gefängnißſtrafe zu ſchärfen. c) Der Verſichernde (Aſſecurateur), ſowie der Vorſteher einer Verſicherungsgeſellſchaft, verfällt in den Fällen a und b in eine Gefängnißſtrafe von ein und einem halben bis zwei Jahren, der Rechnungsführer der Verſicherungsgeſellſchaft in eine ſolche von ſechs Monaten bis zwei Jahren, jedes der übrigen Mitglieder der Geſellſchaft in eine ſolche von ſechs Monaten bis zu einem Jahre. Außerdem unterliegen die zum Zwecke der Verſicherung angelegten Fonds der Confiscation, und iſt, falls hierzu nicht zu gelangen, ſtatt der Confiscation eine von ſämmtlichen Theilnehmern unter ſolidariſcher Haftung zu erhebende Geldſtrafe von achthundert bis achttauſend Gulden verwirkt. §. 15. Wer bei Verübung einer Zolldefraudation oder Contrebande, Waffen oder andere gleich gefährliche Werkzeuge zum Widerſtande gegen die Aufſichtsbeamten mit ſich führt, ſoll, neben der verwirkten Strafe der Defraudation oder Contrebande, mit ſechsmonatlicher bis einjähriger Gefängnißſtrafe belegt werden. Sind von den Schuldigen bei vorgedachter Gelegenheit die Waffen gegen die zum Zollſchutze verpflichteten Beamten wirklich gebraucht worden, ſo iſt dieſes Vergehen nach den allgemeinen ſtrafgeſetzlichen Beſtimmungen zu beurtheilen und zu ahnden. Die Vermuthung, die Waffen zum Zwecke des Widerſtandes gegen die Aufſichtsbeamten mit ſich geführt zu haben, trifft denjenigen, welcher im Grenzbezirke auf Nebenwegen oder zur Nachtzeit bei einer Contrebande oder Defraudation mit Waffen betroffen wird, ſofern nicht aus den Umſtänden unzweifelhaft hervorgeht oder der Beweis geführt wird, daß der Zweck der Führung der Waffen in keinem Zuſammenhange mit dem Zollvergehen ſtehe. §. 16. Wenn nur zwei Perſonen ſich zu einer Contrebande oder Defraudation verbinden, ſo trifft einen Jeden die volle Strafe des gemeinſchaftlich ausgeführten Vergehens. Gleiche Strafe trifft einen Jeden, welcher in ſonſtiger Weiſe als Urheber an dem Vergehen Theil nimmt. Das Maß der durch die Gehilfen und Begünſtiger, im Verhätniſſe zur Strafe des Urhebers, verwirkten Strafen richtet ſich nach allgemeinen ſtrafgeſetzlichen Beſtimmungen. Die Strafe des Rückfalles tritt übrigens nur gegen diejenigen ein, welche ſich ſelbſt eines Rückfalles ſchuldig gemacht haben. §. 17. a) Die Verletzung des amtlichen Waarenverſchluſſes ohne Beabſichtigung einer Gefällentziehung wird, wenn nicht nachgewieſen werden kann, daß dieſelbe durch einen unverſchuldeten Zufall entſtanden iſt, mit einer Geldbuße geahndet, welche bei verbotenen Gegenſtänden dem ſechſten Theile des Werthes derſelben, und bei anderen Gegenſtänden dem ſechſten Theile der Eingangsabgabe gleichkommt. b) Die Uebertretungen der Vorſchriften dieſer Verordnungen, ſowie der in Folge derſelben öffentlich bekannt gemachten Verwaltungsvorſchriften, für welche keine beſondere Strafe angedroht iſt, wird mit einer Ordnungsſtrafe von einem bis funfzehn Gulden beſtraft. §. 18. Soweit eine Geldſtrafe von

den Verurtheilten wegen Zahlungsunfähigkeit nicht beizutreiben iſt, tritt an deren Stelle eine verhältnißmäßige Gefängnißſtrafe [22]) in der Art, daß für 1 Fl. 30 Kr. ein Tag Gefängniß angeſetzt wird. Die ſo verwandelte Strafe darf jedoch nie mehr als ein Jahr im erſten Uebertretungsfalle, nicht mehr als zwei Jahre im erſten Rückfalle und in jedem weiteren Rückfalle nicht mehr als das im §. 4 beſtimmte Maximum von vier Jahren betragen. Die Gefängnißſtrafe iſt jedesmal eventuel (für den Fall der Unvermögenheit) zu gleicher Zeit mit der Geldſtrafe auszuſprechen. §. 19. a) Handel- und Gewerbtreibende haben für ihre Diener, Lehrlinge, Markthelfer, Gewerbsgehilfen, Ehegatten, Kinder, Geſinde und die ſonſt in ihrem Dienſte oder Taglohn ſtehenden, oder ſich gewöhnlich bei der Familie aufhaltenden Perſonen; b) andere, nicht zur handel- und gewerbtreibenden Claſſe gehörende Perſonen aber nur für ihre Ehegatten und Kinder, rückſichtlich der Geldbußen, Zollgefälle und Prozeßkoſten zu haften, in welche die ſolchergeſtalt zu vertretenden Perſonen wegen Verletzung der, bei Ausführung der ihnen von den ſubſidiariſch Verhafteten übertragenen, oder ein für allemal überlaſſenen Handels-, Gewerbs- und anderen Verrichtungen zu beobachtenden zollgeſetzlichen oder ſonſtigen Zollverwaltungsvorſchriften verurtheilt worden ſind. Der Zollverwaltung bleibt in allen Fällen vorbehalten, die Geldbuße entweder von dem ſubſidiariſch Verhafteten einbringen, oder ſolche, ſei es in Natur oder im Verwandlungswege (§. 18), an dem Angeſchuldigten vollſtrecken zu laſſen, ohne daß letzteren Falls die Verbindlichkeit des ſubſidiariſch Verhafteten rückſichtlich der zu erſetzenden Gefälle und zu berechtigenden Prozeßkoſten dadurch aufgehoben wird. §. 20. Der in Folge eines Zollvergehens eintretende Verluſt der Gegenſtände des Vergehens trifft jederzeit den Eigenthümer. Eine Ausnahme findet nur ſtatt, wenn die Contrebande oder Defraudation von dem bekannten Frachtfuhrmann oder Schiffer, welchem der Transport allein anvertraut war, ohne Theilnahme und Mitwiſſen des Eigenthümers verübt worden iſt, und der Fuhrmann oder Schiffer nicht zu denjenigen Perſonen gehört, für welche der Eigenthümer nach Vorſchrift des §. 19 ſubſidiariſch verhaftet iſt. In dieſem Falle tritt ſtatt der Confiscation die Verpflichtung des Waarenführers ein, den Werth jener Gegenſtände zu entrichten. Kann die Confiscation nicht mehr in der Wirklichkeit erfolgen, ſo muß der in Ermangelung anderer Beweismittel durch eidliche Schätzung ausgemittelte Werth der Gegenſtände bezahlt und, wenn die Schätzung unmöglich iſt, anſtatt der Confiscation auf funfzig bis zweitauſend Gulden erkannt werden. §. 21. Das Eigenthum der Gegenſtände, auf deren Confiscation erkannt wird, iſt von dem Augenblick an, wo dieſelben in Beſchlag genommen wurden, als auf den Staat übergegangen zu betrachten, und kann nach den Grundſätzen

22) Hinſichtlich der Militärperſonen pflegt dieſe Beſtimmung Modification zu erleiden. Siehe z. B. Militärſtrafgeſetzbuch für das Großherzogthum Heſſen vom J. 1822, Art. 73, 85, wornach im Fall der Vermögensloſigkeit die Geldſtrafe in Arreſt- oder Feſtungsſtrafe vom geringſten Grade des Wachtarreſtes anfangend und bis zur ſtrengen Feſtungsſtrafe aufſteigend, zu verwandeln iſt.

der Civilgeſetze über die Vindication gegen dritte Beſitzer verfolgt werden. §. 22. Treffen mit einer Zollübertretung andere Vergehen oder Verbrechen zuſammen, ſo kommt die für die erſtere beſtimmte Strafe zugleich mit der für letztere vorgeſchriebenen zur Anwendung. §. 23. Wer zum Zweck einer Contrebande oder Defraudation den amtlichen Waarenverſchluß verfälſcht, ebenſo wie derjenige, welcher in gleicher Abſicht falſcher Urkunden ſich bedient, wird neben der Strafe, welche im Uebrigen für die Uebertretung der Vorſchriften gegenwärtiger Verordnung verwirkt iſt, mit der für ſolche Fälſchungen durch die beſtehenden Geſetze angedrohten Strafe belegt. — Der zweite, das Strafverfahren normirende Abſchnitt des dritten Theiles des Geſetzes[23]), beſtimmt im §. 28, was bei Entdeckung einer Uebertretung geſchehen ſolle; die vorläufige Feſtſetzung des Thatbeſtandes ſei in der Regel zu bewirken durch die zur Wahrnehmung des Intereſſes der Zollverwaltung verpflichteten Beamten, denen es obliegt, ſich der Objecte der Zuwiderhandlung durch Beſchlagnahme zu verſichern; auch ſeien ſie gehalten und befugt, dieſe Maßregeln auf die Transportmittel auszudehnen, wenn dieſes zur Sicherung der Gefälle, wahrſcheinlich verwirkten Strafe und Unterſuchungskoſten erforderlich ſei. Fremde und unbekannte Perſonen könnten in erheblichen Fällen, bis ſie ſich legitimirt und vollſtändige Sicherheit geleiſtet hätten, dem nächſten Gericht zur einſtweiligen Verwahrung übergeben werden. Der §. 29 überläßt die Unterſuchung und Beſtrafung den competenten Gerichten[24]) und den Verurtheilten die Ergreifung der in Civilſachen zuläſſigen Rechtsmittel; ſämmtliche Erkenntniſſe ſeien den für die Zollverwaltung angeſtellten Fiscalen mitzutheilen. Die §§. 30—34 handeln von der Erledigung der Contraventionsſachen in adminiſtrativem Wege, die nach Umſtänden dem Uebertreter freiſteht, während der §. 35 vorſchreibt, daß bei der Publication eines Straferkenntniſſes und jeder Erledigung im Verwaltungswege der Schuldige auf die Erhöhung der Strafe aufmerkſam zu machen ſei, die er beim Rückfall zu erwarten habe; dieſe Verwarnung müſſe beur-

---

23) Sowie überhaupt die Vereinszollgeſetzgebung mehr oder weniger nach den einzelnen Staaten des Vereins modificirt erſcheint, ſo iſt dieſes beſonders hinſichtlich des Strafverfahrens der Fall. So wurde z. B., von dem Uebrigen getrennt, für das Großherzogthum Baden unterm 4. April 1838, eine beſondere ſich auf ein Geſetz vom 22. Juni 1837: Ueber die Unterſuchung und Beſtrafung von Uebertretung in Steuerſachen, von Ein-, Aus- und Durchfuhrverboten und über den Inſtanzenzug, beziehende Verordnung, das Verfahren in Zollſtrafſachen betreffend, in 56 Artikeln erlaſſen (ſ. großherz. badiſches Staats- und Regierungsblatt Nr. 16, vom 11. April 1838), wornach in beſtimmten Fällen die Unterſuchung und Aburtheilung den Finanzbehörden überlaſſen iſt.

24) Vergl. Struben, rechtliche Bedenken, Th. 1, Bed. 103: Wiefern Zollſachen vor die Gerichte gehören. Das württembergiſche Zollſtrafgeſetz vom 15. Mai 1838 (Regierungsbl. Nr. 23 vom 22. Mai) ſpricht ſich im §. 28 dahin aus: In allen Unterſuchungsſachen wegen Uebertretung des Zollgeſetzes, der Zollordnung und der hierauf ſich gründenden weiteren Verordnungen und Vorſchriften kommen die allgemeinen geſetzlichen Beſtimmungen über die Strafcompetenz und das Verfahren in Strafſachen zur Anwendung, ſofern nicht das gegenwärtige Geſetz eigene Beſtimmungen enthält. (Auch dieſes Geſetz hat in Bezug auf das Strafverfahren individuelle Beſtimmungen.)

kundet werden; ſei dieſes nicht geſchehen, ſo trete in einem ſolchen Falle nur erhöhte Geldſtrafe ein. Die §§. 36 — 43 betreffen das Verfahren bei Vollziehung der Strafen gegen Ausländer und Unbekannte, die Zurückgabe der in Beſchlag genommenen Gegenſtände gegen Cautionsleiſtung, die Aufbewahrung der gepfändeten Gegenſtände und Cautionen, die Beitreibung der Geldſtrafen, die Strafantheile der Denuncianten und die Verwendung der Geldſtrafen und Confiscationen. — Der dritte und letzte, die §§. 44 und 45 umfaſſende Abſchnitt des dritten Theiles des Zollgeſetzes enthält noch Einiges über deſſen Anwendung. — Unterm 1. November 1837 wurde zwiſchen den Staaten des preußiſch = teutſchen Zollvereines einerſeits und zwiſchen Hannover, Oldenburg und Braunſchweig [25]) anderſeits ein Staatsvertrag wegen Unterdrückung des Schleichhandels abgeſchloſſen, der in 8 Artikel zerfällt. Nach den Art. 1 und 2 ſollten die contrahirenden Regierungen gegenſeitig gehalten ſein, auf die Verhinderung und Unterdrückung des Schleichhandels durch alle angemeſſenen, ihrer Verfaſſung entſprechenden Maßregeln gemeinſchäftlich hinzuwirken und auf ihren Gebieten Vereinigungen von Schleichhändlern, Waarenniederlagen oder ſonſtige Anſtalten nicht zu dulden, welche den Zweck vermuthen ließen, Waaren, die in den anderen Staaten verboten oder mit einem Eingangszoll belegt ſeien, dorthin einzuſchwärzen. Die Art. 3—8 ſind des Inhaltes: Art. 3. Die betreffenden Behörden, Beamten oder Angeſtellten (Bedienſteten) der contrahirenden Staaten ſollen ſich gegenſeitig den verlangten Beiſtand in allen geſetzlichen Maßregeln bereitwillig leiſten, welche zur Verhütung, Entdeckung oder Beſtrafung der Zoll= (Steuer=) Contraventionen dienlich ſind, die gegen irgend einen der contrahirenden Staaten unternommen oder begangen worden. Unter Zoll= (Steuer=) Contraventionen werden hier und in allen folgenden Artikeln dieſer Uebereinkunft nicht nur die Umgehungen der in den betheiligten Staaten beſtehenden Ein=, Aus= und Durchgangsabgaben, ſondern auch die Uebertretungen der, von den einzelnen Regierungen erlaſſenen Ein= und Ausfuhrverbote, nicht minder der Verbote ſolcher Gegenſtände, deren ausſchließlichen Debit dieſe Regierungen ſich vorbehalten haben, und endlich diejenigen Contraventionen begriffen, durch welche die Abgaben beeinträchtigt werden, die nach der beſonderen Verfaſſung einzelner der contrahirenden Staaten für den Uebergang von Waaren aus einem der zu demſelben Zoll= (Steuer=) Vereine gehörenden Staaten in einen anderen angeordnet ſind. Artikel 4. Die Behörden, Beamten oder Angeſtellten (Bedienſteten) der indirecten Steuer= oder Zollverwaltung der contrahirenden Staaten, ſowie die ſonſtigen Angeſtellten, welche zur Aufrechthaltung der Zoll= (Steuer=) Geſetze verpflichtet ſind, haben auch ohne beſondere Aufforderung die Verbindlichkeit, alle geſetzlichen Mittel anzuwenden, welche

25) Die Geſetzgebung dieſes Staates über Zolldefraudation, deſſen Beſtrafung und über das Verfahren beurkundet das Geſetz vom 23. April 1835 über die Eingangs=, Ausgangs= und Durchgangsabgaben, 147 §§. umfaſſend (Verordnungsſammlung von 1835, Nr. 14). Vergl. noch Rechtslexikon, Band 2, Art. Braunſchweig.

zur Verhütung, Entdeckung oder Beſtrafung der gegen irgend einen der gedachten Staaten beabſichtigten oder ausgeführten Zoll= (Steuer=) Contraventionen dienen können, und die betreffenden Behörden dieſes Staates von demjenigen in Kenntniß zu ſetzen, was ſie in dieſer Beziehung in Erfahrung bringen. Artikel 5. Den zur Wahrnehmung des Zoll= (Steuer=) Intereſſes angeſetzten oder verpflichteten Beamten und Angeſtellten (Bedienſteten) der Staaten des einen der contrahirenden Theile ſoll es geſtattet ſein, bei Verfolgung der Spuren begangener Contraventionen ſich auf das angrenzende Gebiet der, zu dem anderen contrahirenden Theile gehörigen Staaten zu dem Zwecke zu begeben, um den dortigen betreffenden Behörden Mittheilung von ſolchen Contraventionen zu machen, worauf dieſe Behörden, in Gemäßheit der in den Artikeln 3 und 4 gegenſeitig übernommenen Verpflichtung, alle geſetzlichen Mittel anzuwenden haben, welche zur Feſtſtellung der Contravention Behufs deren Beſtrafung führen könnten, gleich als wenn es ſich um eine gegen die eigene Zoll= (Steuer=) Geſetzgebung verübte Contravention handelte. Artikel 6. Eine Auslieferung der Contravenienten tritt in dem Falle nicht ein, wenn ſie Unterthanen desjenigen Staates, in deſſen Gebiete ſie angehalten worden, oder eines mit dieſem im Zoll= (Steuer=) Verbande ſtehenden Staates ſind. Im anderen Falle ſind die Contravenienten demjenigen Staate, auf deſſen Gebiete die Contravention verübt worden iſt, auf deſſen Requiſition, oder, nach Ermeſſen, auch ohne eine ſolche zur Unterſuchung und Beſtrafung auszuliefern. Art. 7. Die contrahirenden Staaten verpflichten ſich, ihre Unterthanen und die in ihrem Gebiete ſich aufhaltenden Fremden, letztere, wenn deren Auslieferung nicht nach Art. 6 erfolgt iſt, wegen der auf dem Gebiete eines anderen der contrahirenden Staaten begangenen Contraventionen oder ihrer Theilnahme an ſelbigen, auf die von dieſem Staate ergehende Requiſition eben ſo zur Unterſuchung zu ziehen, als ob die Contravention auf eigenem Gebiete und gegen die eigene Geſetzgebung begangen wäre. Die Uebertretungen von Zoll= (Steuer=) Geſetzen eines jeden der paciscirenden Staaten werden nach eben den Strafgeſetzen geahndet, welche in dem Staate, in welchem die Unterſuchung und Beſtrafung eintritt, hinſichtlich gleicher Vergehen gegen die eigenen Zoll= (Steuer=) Geſetze vorgeſchrieben ſind. Auch kommen in Hinſicht der, mit den Contraventionen concurrirenden gemeinen Verbrechen oder Vergehen, alle diejenigen criminalrechtlichen Beſtimmungen zur Anwendung, welche in Beziehung auf die von Inländern im Auslande begangenen Verbrechen oder Vergehen in jedem Staaten gelten. Artikel 8. In den nach Artikel 7 einzuleitenden Unterſuchungen ſoll in Bezug auf die Feſtſtellung des Thatbeſtandes den amtlichen Angaben der Behörden, Beamten oder Angeſtellten (Bedienſteten) desjenigen Staates, auf deſſen Gebiete die Contravention begangen worden iſt, dieſelbe Beweiskraft beigemeſſen werden, welche den amtlichen Angaben der inländiſchen Behörden, Beamten oder Angeſtellten für Fälle gleicher Art in den Landesgeſetzen beigelegt iſt. Im folgenden Jahre 1838 trat dieſem Staatsvertrage die fürſtlich ſchaumburg=lippeſche Regierung bei. — Neben der Strafgeſetzgebung der Staaten des preußiſch = teutſchen Zollvereines hebt ſich die neue Legislation **Oeſterreichs**, beurkundet in dem Straf=

geſetzbuche dieſes Staates vom 11. Juli 1835 „über Gefällübertretungen" hervor, wie ſich Mittermaier a. a. O. ausdrückt: Das vollſtändigſte Strafgeſetzbuch, das irgend ein Land in Bezug auf die Beſtrafung der Uebertretungen der Zoll und anderer Geſetze über indirecte Abgaben (Gefälle) beſitzt. Denn es umfaßt 934 §§., von denen die §§. 499—934 das Strafverfahren normiren. So ſehr dieſe Legislation eine nähere Betrachtung verdient, ſo würde dieſe doch, wollte man bis zum Hintergrund ihrer Vorſchriften über Defraudation und das dafür berechnete Strafverfahren folgen, zu weit führen[26]). Von beſonderem Intereſſe iſt das fünfte und ſechſte Capitel, welches ſich mit der Defraudation durch Schleichhandel beſchäftigt, eine Erſcheinung, welche der Betrachtung einen ſo fruchtbaren Stoff darbietet, und dem Geſetzgeber und der Geſetzgebungspolitik ein ſchwieriges Problem iſt[27]). Dieſes Geſetzbuch iſt auch inſofern beachtenswerth, als es eine Einheit der Legislation über Beſtrafung der Vergehen, welche als Uebertretung der Geſetze über die indirecten Steuern gelten, überhaupt darſtellt. In den anderen teutſchen Staaten iſt es anders; dort findet ſich dieſe Strafgeſetzgebung in Einzelngeſetzen zerſtreut. Was insbeſondere die Staaten des preußiſch-teutſchen Zollvereins betrifft, ſo zeigt ſich, nach Obigem, eine gewiſſe Einheit nur in Bezug auf die Zölle (des Ein-, Aus- und Durchgangs). Hinſichtlich der anderen indirecten Steuern, als Trankſteuer und Zapfgebühr, Salzregie[28]), Waſſerzoll (z. B. Rheinſchifffahrtsoctroi), Chauſſee- und Brückengeld, Stempeltaxe, Collateralgelder, Hundeſteuer u. ſ. w., hat nicht

---

26) Eine Ueberſicht gewährt jener Beitrag von Mittermaier, über den prozeſſualiſchen Theil, ſ. deſſen weiteren Beitrag zum Jahrgang 1837 des Archivs für Criminalrecht Nr. 1: Ueber die Fortſchritte der Geſetzgebung in Bezug auf den Strafprozeß ꝛc. S. 22.

27) Schon Beccaria hat in ſeinem Werke: Ueber Verbrechen und Strafen, ſolche Betrachtungen angeſtellt, indem er zugleich die Frage erörtert, warum der Schmuggel die öffentliche Meinung ſo wenig gegen ſich habe. Siehe die Ueberſetzung dieſes Werkes von Bergk, Th. 1 (Leipzig 1798), S. 262—264, §. 31: Von dem Schleichhandel und dem Unterſchleiſe. Vergl. noch Servin, über die peinliche Geſetzgebung. Aus dem Franzöſiſchen von Gruner. (Nürnberg 1786) S. 323 flg. Walther, Lehrbuch der Staatswiſſenſchaft (Gießen 1798), S. 382. Breitenſtein, nur Eine Steuer (Gotha 1826), Cap. 2: Indirecte Steuern, S. 91—150, beſ. 116 flg. Mittermaier a. a. O. S. 324—326. Annalen der teutſchen und ausländiſchen Criminalrechtspflege, begr. von Hitzig, fortgeſ. von Demme und Klunge, Band 3 (Altenburg 1837), S. 113—179: Königreich Preußen. Der zur Befreiung zweier überm nächtlichen Paſchen ergriffenen Schmuggler aus Tannenhain im Königreich Sachſen, von einem daſelbſt noch in der nämlichen Nacht zuſammengerotteten Schmugglerhaufen mit gewaffneter Hand und offener Gewalt unter Tödtung und Verwundung der preußiſchen Grenzbeamten ausgeführte Ueberfall des Richterhauſes zu Wildſchütz im Königreich Preußen. Vom Oberlandesgerichtsrath Jungmeiſter in Naumburg. Vorwort S. 115, 116.

28) S. beſ. über dieſe den Jahrg. 1836 der Zeitſchrift: Der Nationalökonom, Band 2, S. 197: Die Verhandlungen der beiden badiſchen Kammern über den Beitritt des Großherzogth. Baden zu dem teutſchen Handels- und Zollvereine, S. 210—212.

nur jeder Staat [29]) ſeine beſondere Geſetzgebung, ſondern dieſe iſt auch, namentlich in Bezug auf Strafe und Strafverfahren, in keinem beſonderen Codex vereinigt. Daher finden wir auch die Geſetzgebung wegen Defraudation dieſer übrigen indirecten Steuern ſehr zerſtreut. Indeſſen hat ſie gewiſſe durchgreifende Grundzüge, ſowohl hinſichtlich der Pönalſanctionen an und für ſich, als hinſichtlich des Strafverfahrens. Als Strafe pflegt Geldbuße, Confiscation und Verluſt des Gewerbes zu erſcheinen [30]). Die Unterſuchung und Aburtheilung pflegt dem Polizeiſtrafrichter zuzuſtehen, der ſich in den Formen des Polizeiſtrafprozeſſes zu bewegen hat [31]). Die Rechtsmittel pflegen die des bürgerlichen Prozeßrechtes zu ſein. Zuweilen iſt auch die Procedur ein ſummariſches Civilverfahren ohne genaue Form [32]). Vergl. noch Rechtslexikon Band 2, S. 929—938, d. Art. Confiscation, S. 933, 935, 936. Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminalprozeſſes mit beſonderer Berückſichtigung des preußiſchen Rechtes (Königsberg 1833), §. 5, 58. Bopp.

Deich= und Sielrecht [1]). Ein Deich iſt der allgemeinen Wort=

---

29) S. z. B. über das Großherzogthum Heſſen v. Hoffmann, Beiträge zur näheren Kenntniß der Geſetzgebung und Verwaltung des Großherzogthums Heſſen (Gießen 1832), S. 84—107.

30) So wird z. B. in Preußen auf die Geldſtrafe des Vierfachen (Klein, Grundſätze des gemeinen teutſchen und preußiſchen peinlichen Rechtes, Halle 1796, §. 521, S. 385. Fürſtenthal, Inſtitutionen des allgem. preuß. Civil= und Criminalrechtes, Berlin 1827, §. 1056, S. 597) erkannt; im Großherzogthum Heſſen das Einbringen von Salz aus dem Auslande mit Confiscation deſſelben und der Transportmittel, und außerdem mit einer Geldbuße von 20 Kr. für jedes Pfund, die Defraudation der Hundeſteuer mit dem Dreifachen, die Defraudation durch Nichtbeziehung des Jagdwaſſerpaſſes mit 15 Gulden beſtraft. Siehe Bopp, der heſſiſche Rechtsfreund (Darmſtadt 1837), S. 336, 343, 609. Kann die Geldſtrafe nicht in Vollzug kommen, ſo wird ſie in Freiheitsſtrafe verwandelt. Mohl, Syſtem der Präventivjuſtiz oder Rechtspolizei (Tübingen 1834), ſchlägt S. 480, Note, vor, den Schleichhändler für unwürdig zu erklären, in die Bürgergarde einzutreten, und ihn mit einer entſprechenden Geldabgabe zum Beſten der Bürgergarde zu belegen.

31) In Bezug auf Geſetzgebungspolitik vergleiche Rede des Abgeordneten Rudhart über den Geſetzesentwurf zu einer Zollordnung, gehalten in der Kammer der Abgeordneten der bayerſchen Ständeverſammlung in München am 5. Juni 1828. (Nürnb.) S. 39—43.

32) Dieſes Verfahren herrſchte z. B. früher in Bayern, ſ. Rudhart a. a. O. S. 39, 40; über Württemberg ſ. Knapp, das württembergiſche Criminalrecht, Abh. 2 (Stuttgart 1829), S. 417 flg.; über Kurheſſen: Schwenken, Darſtellung der Gerichtsbarkeit und des Verfahrens der kurheſſiſchen Polizeicommiſſionen als Polizeiſtrafgerichte (Schmalkalden 1828), S. 29, 43; über Preußen: Kuhn, das Verfahren bei polizeilich=gerichtlichen Unterſuchungen in den preußiſchen Staaten (Leipzig 1839), beſ. S. 9, 40; über Baden ſ. Rechtslexikon Band 1, den Art. Bayern, S. 572; über Bayern ebendaſ. Bd. 1, den Art. Bayern.

1) Literatur. Unter den Lehrbüchern des teutſchen Privatrechtes iſt hier beſonders hervorzuheben: Runde, §. 111—123; demnächſt Mittermaier (5. Aufl.), §. 224—229; kürzer bei Eichhorn, §. 271; Maurenbrecher, §. 195, 260, 261, und Phillips, Bd. 1, S. 560 flg., 623. Beſondere

bedeutung nach ein aufgegrabener Wall oder Damm[2]; man verſteht jetzt aber darunter Erdwälle, welche das dahinterliegende Land gegen das Andringen des Waſſers ſchützen ſollen[3]; die ältere allgemeinere Wortbedeutung iſt verloren gegangen. Deiche und Dämme kommen darin mit einander überein, daß ſie beide in ähnlicher Beſchaffenheit dazu beſtimmt ſind, das Waſſer zu beſchränken; Dämme werden aber theils ins Waſſer ſelbſt hineingebaut, theils wie die eigentlichen Deiche auf das Land gelegt; die Dämme, wenn Letzteres der Fall, dienen mehr dazu, um trocken darauf fahren oder gehen zu können[4], die Deiche aber, um das Land gegen Ueberſchwemmung und Zerſtörung durch Waſſerfluthen zu ſchützen. — Die Deiche werden gegen das Meer, Ströme und Flüſſe angelegt, zuweilen aber ſind ſie auch beſtimmt die niedrig gelegenen Länder, wie die Marſchen, gegen das Eindringen des Waſſers von den höheren Gegenden zu ſchützen; die erſteren werden äußere, die letzteren Hinter- oder Achterdeiche genannt. Unter inneren oder Binnendeichen verſteht man die, welche hinter einem Hauptdeiche an beſonders gefährlichen Stellen errichtet ſind, um an die Stelle der äußeren Deiche zu treten, wenn dieſe von dem Waſſer überwältigt ſind. Kay-, Chur- und Nothdeiche nennt man die, welche nur einſtweilen bis zur Vollendung eines dahinter aus-

---

Schriften über das Deichrecht: Jodoc. Hackmann, de iure aggerum. Stadae 1690, 4.; ein Hauptwerk. S. D. Petiscus (Petit), elementa iuris aggeralis theoretico-practica. Halle 1767, 8.; darüber Dreyer's Miſc. S. 18 u. 31. J. W. A. Hunrich, Entwurf des jetzigen Deichrechtes in den Herzogth. Oldenburg und Delmenhorſt. Bremen 1768, 8. Heinecken, tentamina iuris aggeralis Bremensis. Götting. 1774. Wolter, allgem. Grundſätze zum ordnungsmäßigen Verfahren in Deich- und Abwäſſerungsſachen der teutſchen Marſchprovinzen, mit Zuſätzen von R. Woltmann, und Erläuterungen von G. F. Koch. Glückſt. 1795, 4. Mellmann, Einleitung in das gemeine ſchleswig-holſt. Damm-, Deich- und Sühlrecht. Altona 1795, 8. C. A. Dammert, das Deich- und Strombaurecht nach allgem. und hannoverſchem Landesrechte u. ſ. w. 2 Theile. Hannover 1816, 8. — Eine Zahl kleinerer Schriften über einzelne Gegenſtände des D.-R. ſind bei Dreyer, Miſc. S. 31, angegeben; derartige Erörterungen finden ſich beſonders auch in Puffendorf, obs. vol. I. obs. 193. vol. II. 103. 104. 193. vol. III. obs. 134. vol. IV. 101. 216. v. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. I, Nr. 3, II. Nr. 1, III. Nr. 1, V. Nr. 51. v. Ende, juriſt. Abhandlungen (Zelle 1802, 4.), Nr. 4.

2) Dikan iſt im Angelſächſiſchen: graben; im Engliſchen to deg. S. darüber Gitterman, in Erſch und Gruber Encyclopädie Bd. 23, S. 337. Dreyer, Miscellen S. 5.

3) Es wird ihnen jetzt allgemein eine prismatiſche Form gegeben, weil ſie in dieſer dem Andrange des Waſſers am beſten widerſtehen. Das Kunſtmäßige des Deichbaues, deſſen Kenntniß auch zur Beurtheilung der Rechtsſtreitigkeiten wichtig werden kann, lehren: A. Brahm, Anfangsgründe der Deich- u. Waſſerbaukunſt (Aurich 1754 u. 47, 2 Bde. 4.), J. W. A. Heurich, prakt. Anweiſung zum Deich-, Siel- und Schlangenbau (Bremen 1771, 1772, 2 Theile, 8.), Derſelbe, Zuſätze zu obigem Werke, nebſt Wörterbuch (Bremen 1782, 8.), R. Woltmann, Beiträge zur hydraul. Architektur (Göttingen 1791—1799, 4 Bde. 8.), J. H. Büſch, Ueberſicht des geſammten Waſſerbaues (2 Bde. 2. Ausg., umgearb. von Wiebeking, Hamb. 1804, 8.), H. N. Börm, Abriß der Deichkunde. Altona 1812, 8.

4) S. Dammert, Deich- und Strombaurecht, S. 14.

zuführenden Hauptdeiches oder Schleußenbaues, das Eindringen des Waſſers verhindern ſollen. Sommerdeiche ſind nur beſtimmt, das Land gegen den gewöhnlichen Ueberlauf der Ströme und Flüſſe im Sommer zu ſchützen; Winterdeiche oder Hauptdeiche ſollen auch gegen die höchſten Fluthen in den übrigen Jahreszeiten Widerſtand leiſten. Die Ländereien und Grundſtücke, welche durch die Deiche geſchützt ſind, nennt man Binnendeichsland oder Binnenland, diejenigen aber, welche zwiſchen dem Deiche und dem Waſſer liegen, Außendeichsland, Butenland, Vorland. Solches Vorland entſteht beſonders dadurch, daß bei der Anlage der Deiche, die in möglichſt gerader Linie geſchehen muß, nicht alle Ländereien mit eingeſchloſſen werden konnten, auch wohl die Eigenthümer ſelbſt zuweilen es vorziehen, einen Theil ihres Landes unbedeicht zu laſſen, um es als Marſchwieſen und Weiden zu benutzen. Auch fordert es zuweilen die Sicherheit, wenn der Deich in ſeiner Lage nicht mehr im Stande iſt dem Waſſer zu widerſtehen, ihn weiter landeinwärts anzulegen (einzulegen), wodurch die ſogen. ausgedeichten Ländereien entſtehen. Das Vorland iſt für den Deich von großer Wichtigkeit, da es beſonders das Material zum Deichbau liefern muß und deßhalb auch wohl mit Weidenbuſch oder anderen zum Deich- und Strombau tauglichen Holzarten bepflanzt wird (Buſchwerder), dann aber auch, weil es ſelbſt zum Schutze des Deiches dient, da es bewirkt, daß das Waſſer zur Zeit der hohen Fluth nicht ſo hoch und tief vor dem Deiche ſteht, als es ſonſt der Fall ſein würde, und alle nachtheiligen Wirkungen des Stromes auf den Deich vermindert [5]). Deiche, die kein Vorland mehr haben, und an deren Fuß der Strom dicht herfließt, oder die auf böſen Wind liegen [6]), nennt man Schaar- oder Gefahrdeiche [7]).

In genauer Verbindung mit dem eigentlichen Deichbau oder der Herſtellung und Erhaltung des eigentlichen Deichkörpers oder Erdwalles ſteht der Strom- und Uferbau [8]). Wenn auch die Stromwerke, worunter man mannigfache Vorrichtungen von Erde, Buſch, Pfählen, Steinen, Soden und überhaupt Faſchinenwerk verſteht, nicht unmittelbar zum Schutze des Deiches ſelbſt, alſo der dahinter gelegenen Grundſtücke angelegt ſind, ſondern ihr nächſter Zweck iſt, das Vorland oder die Inſel und beſonders die eigentlichen Buſchwerder zu ſchützen, oder wenn ſie vorzüglich dazu beſtimmt ſind, um die Strombahn zu erhalten und zu verbeſſern, ſo die-

---

5) Dammert a. a. O. S. 12.
6) Dammert a. a. O. S. 16.
7) Die hier angeführten Benennungen und die ſonſt bei dem Deichrecht vorkommenden Ausdrücke ſind erklärt in: Benzler, die beim Deich- und Waſſerbau, auch Deich- und Dammrecht vorkommenden fremden und einheim. Wörter. 2 Bde. Leipzig 1792, 8.
8) Hackmann, c. 14. §. 13—18. p. 429. Puffendorf, obs. T. III. ob. 134. Hunrich, Art. 38—40. Wolter, §. 17, 19, 20, 36, 49. Dammert a. a. O. S. 17, 19, und and. Stellen, ſ. Regiſter: Strombahn, Stromband, Stromwerke. Runde, §. 119a. Werke über den Uferbau: Wiebeking, Waſſerbaukunſt, Bd. 3; Taten, Reiſe in die Marſchländer an der Nordſee, Leipzig 1788, 8.; Eitelwein, prakt. Anweiſung zum Bau der Faſchinenwerke. Berlin 1818, 8.

nen ſie doch auch zugleich mit zur Sicherung des Deiches, nicht nur durch die dieſem zu Gute kommende Erhaltung des Vorlandes, inſofern ſie verhindern, daß der Strom, deſſen Lauf ſie reguliren, nicht eine dem Vorlande und den Deichen ſelbſt ſchädliche Richtung nimmt [9]). Von den Sielen, die ebenfalls mit dem Deichbau in Verbindung ſtehen, ſoll am Schluſſe des Artikels die Rede ſein.

Den Römern war der Deichbau nicht unbekannt [10]). Druſus ließ längs des großen Rheinarmes einen Deich anlegen [11]). Ob die Nordteutſchen vielleicht von den Römern den Deichbau gelernt haben, oder ob der Deichbau erſt ſpäter begonnen, und das Bedürfniß und Streben ſich einen größeren und geſicherteren Landbeſitz zu verſchaffen, die meeranwohnenden Teutſchen von ſelbſt darauf geführt hat, wird wohl unentſchieden bleiben müſſen. Man legte, wo das Land nicht gehörig bedeicht war, die Wohnung auf von Erde aufgeworfenen Hügeln und Wallen (Wurthen) an, wie es noch da der Fall iſt, wo bloße Sommerdeiche vorkommen. Durch Deiche der letzteren Art ſuchte man zuerſt die Ernten zu ſichern [12]), und dieſes mochte wohl von Einzelnen und willkürlich geſchehen ſein; aber erſt als alle Bewohner einer Gegend, die von einer Gefahr bedroht waren, auch hierbei erkannten, daß derſelben nur durch vereinigte Kräfte erfolgreich begegnet werden könnte, wurden die einzelnen Deiche zu einer zuſammenhängenden Deichlinie verbunden, und es war nun möglich, den Deichen eine größere Höhe und Stärke zu geben und dieſelbe durch Stromwerke, ſoweit es der Zuſtand der Waſſerbaukunſt zuließ, zu ſichern. Die Entſtehung ſolcher zuſammenhängenden Deichlinien wird von den Schriftſtellern ins 12. Jahrhundert geſetzt [13]), doch läßt ſich, wiewohl ſchon der Sachſenſpiegel das Vorhandenſein ſolcher Werke außer Zweifel zu ſetzen ſcheint, ſich darüber wenig in geſchichtlich zuverläſſiger Weiſe angeben. — Die Anlage der Deiche hat daher in den den Ueberſchwemmungen ausgeſetzten Gegenden Einigungen veranlaßt, wie dergleichen das Mittelalter ſo viele und ſo mannigfache zu gegenſeitigem Beiſtand, zum Widerſtand gegen eine gemeinſame Gefahr ins Leben gerufen hat. Es wurde eine ſolche Einigung Deichband, Deichacht genannt. Der Zweck derſelben war die Er-

---

9) Dammert a. a. O. S. 18.

10) Cic. offic. II.: Moles oppositus fluminibus. Virgil. Aen. II. 496. 497. S. über fernere Nachrichten und Spuren des Deichbaues im Alterthume, namentlich in Aegypten: Hackmann, de iure aggerum c. 3. p. 37. Gittermann, in Erſch und Gruber Encyclop. a. a. O.

11) Tacit. Ann. XIII. 53. Hist. v. 19.

12) Daß die Anlage von bloßen Sommerdeichen noch unter Umſtänden den Vorzug verdienen kann, hat darzuthun geſucht Dammert a. a. O. Th. 1, S. 25—32.

13) S. Halem, Geſch. von Oldenburg, Bd. 1, S. 41 u. 188. Freeſe, Oſtfries- und Harlinjerland (Aurich 1790), S. 248. Hackmann, de iure aggerum cap. II. §. 73 sq. p. 55, und andere mehr oder minder hierher gehörige Citate bei Mittermaier, Pr.-Recht, §. 224, Note 2. Dammert bemerkt a. a. O. Th. 1, S. 20, daß die Nachrichten über die Deiche im Hannöverſchen an der Elbe und Weſer nicht über das 15. Jahrh. hinaufgehen, daß aber damals immer mehr von Wiederherſtellung u. ſ. w. als von Anlegung neuer Deiche die Rede iſt.

haltung eines, die Beſitzungen der zu dieſem Zwecke vereinigten Grundeigenthümer ſchützenden, Deiches durch vereinte Kräfte oder, ſpäter beſonders, wohl auch auf gemeinſchaftliche Koſten. Sie hatten ihre Vorſtände, welche den Deichbau leiteten oder darüber die Aufſicht führten, und denen eine darauf ſich beziehende Gerichtsbarkeit zuſtand, welche nach altgermaniſcher Weiſe, indem Genoſſen das Urtheil fanden, geübt wurde. Man kann dieſes einen genoſſenſchaftlichen oder autonomiſchen Deichband nennen. Indeß ſcheint ſchon früh durch die Dringlichkeit der Gefahr die Rechtsanſicht ſich gebildet zu haben, daß, wo eine ſolche genoſſenſchaftliche Verbindung, durch deren Verfaſſung die Art und der Umfang der Deichpflicht beſtimmt war, auch nicht beſtand, dennoch alle Bewohner eines durch einen Deich geſchützten Diſtrictes zur Erhaltung des Deiches mitzuwirken oder beizutragen gehalten ſeien [14]). Schon der Sachſenſpiegel erwähnt dieſer Verpflichtung: Svelke dorp bi watern lieget unde einen dam hebbet, die ſie vor der vloet bewart, jewelk dorp ſol ſinen deil des dames veſtenen vor der vlut. Kumt aver die vlut unde brict ſie den dam unde ladet man mit dem gerüchte dar to, die binnen deme dame geſeten ſinn, ſvelk ir nicht ne hilpt büten den dam, die hevet verworcht ſo gedan erve als he binnen deme dame hevet [15]). Es liegt hierbei in der Natur der Sache, da die gemeinſchaftliche Gefahr der Grund der Verpflichtung war, daß nur die zur Mitwirkung verpflichtet waren, welche den Vortheil des Deiches genoſſen, deren Grundſtück dadurch geſchützt war, und daß die Größe des Grundſtückes (und was wenigſtens ebenſo hätte in Betracht kommen ſollen, die Beſchaffenheit deſſelben) den verhältnißmäßigen Umfang der Deichpflicht beſtimmten. Bei einem genoſſenſchaftlichen Deichband konnte in dieſer Beziehung über Manches durch vertragsmäßige Beſtimmung, durch Herkommen auch anders beſtimmt ſein. Inſofern nun die Grundeigenthümer eines durch einen Deich geſchützten Landſtriches vermöge jenes allgemeinen Rechtsgrundſatzes zur Erhaltung des Deiches verpflichtet waren, bildeten ſie, ohne in einer genoſſenſchaftlichen Einigung zu ſtehen, ein Ganzes, und man hat auch darauf den Namen Deichband übertragen, und einen ſolchen Deichband wohl einen natürlichen genannt, während man ihn richtiger einen gemeinbürgerlichen, im Gegenſatze zu den genoſſenſchaftlichen oder autonomiſchen Deichbänden, hätte nennen können. Jetzt iſt aber die Unterſcheidung von geringerer Bedeutung, da bei der Erweiterung der Oberaufſicht des Staates, der Beſchränkung der Wirkſamkeit und Selbſtſtändigkeit aller Einigungen, die einen die öffentliche Sicherheit und Wohlfahrt unmittelbarer berührenden Zweck verfolgen, die ehemals genoſſenſchaftlichen Deichbände, wenn ſich auch mehr oder minder noch Reſte ihrer früheren Bedeutung und Verfaſſung erhalten haben [16]), doch gleichſam zu Staatsanſtalten geworden ſind, indem alle

---

14) Phillip's teut. Pr.-Recht, Bd. 1, S. 328, 561.

15) Sächſ. Landrecht II. 56. Schwäb. Landrecht Art. 215 (Ausg. von v. Laßberg, von der Lahr Art. 408).

16) Auf ein ſolches Verhältniß deutet die Beſchreibung, welche die bremiſche Deichordnung vom J. 1743, Cap. 13, §. 4, von einem Deichband gibt: Eine

Deich- und Strombauten einer beſonderen Aufſicht des Staates unterworfen worden ſind. Ein Deichband iſt, da man dieſes Wort beibehalten hat, in Bezug auf die gegenwärtigen Verhältniſſe nicht ſowohl eine Einigung zur Erhaltung eines gemeinſchaftlichen Deiches, ſondern ein Inbegriff oder eine Geſammtheit der zur Erhaltung einer beſtimmten Deichſtrecke, nebſt den davor angelegten Stromwerken, deren Schutz ſie für ihre Grundſtücke genießen, verpflichteten Grundeigenthümer. Es iſt unpaſſend eine ſolche Geſammtheit ein natürliches Deichband nennen zu wollen, wenn der natürliche Grundſatz, daß, wer den Schutz des Deiches genießt, verhältnißmäßig zu deſſen Erhaltung beitragen muß, die Deichpflichtigkeit und deren Umfang beſtimmt, wo dieſelbe aber auf beſonderen Quellen (Geſetz, Vertrag, Herkommen u. ſ. w.), deren Inhalt allerdings dem natürlichen Grundſatze mehr oder minder entſprechen kann, beruht, einen bürgerlichen Deichband annehmen zu wollen[17]; — denn überall hat wohl bei der Vertheilung der Deichlaſt jener natürliche Grundſatz geleitet, und man hat ihn ſo viel als möglich zur Anwendung zu bringen geſucht, während eine vollkommene Löſung dieſer Aufgabe auch jetzt noch wohl in den wenigſten Deichgeſetzen — die nicht leicht fehlen werden, wo Deiche vorhanden ſind — gelungen ſein möchte, und da ferner die Natur der Sache entſcheiden muß, wo die anderen Rechtsquellen nicht ausreichen, ſo ließe ſich gewiſſermaßen behaupten, daß ein jeder Deichband, ein bürgerlicher und natürlicher, in obigem Sinne, zugleich ſei.

Die nächſten Quellen für die Beurtheilung der bei dem Deichweſen vorkommenden Rechtsverhältniſſe bilden die Deich- und Stromordnungen, in früherer Zeit auch zuweilen Spatelandsrechte genannt, welcher Name ſich aus der Sitte erklärt, einen Spaten in den Deich zu ſtecken, um dadurch das Verfallenſein des zu dem Deiche gehörigen Landes, wegen verſäumter Deichpflicht, anzuzeigen, wovon noch unten die Rede ſein wird. Sie hatten urſprünglich mehr den Charakter autonomiſcher Anordnungen, und haben im Laufe der Zeit mehr den von Verordnungen, welche von dem Landesherrn vermöge der ihm zuſtehenden geſetzgebenden Gewalt und der beſonderen Oberaufſicht über das Deichweſen erlaſſen ſind, angenommen. Die älteren enthalten meiſt nur Beſtimmungen über die Deichgerichtsbarkeit und Satzungen über die Beſtrafung von Freveln, welche an den Deichrichtern, Arbeitern oder ſonſt auf und an dem Deiche begangen werden u. ſ. w. Erſt nach und nach kommen mehrere auf den Deichbau und die ſich darauf beziehenden Verpflichtungen hinein. Doch auch die noch geltenden Deichordnungen ſind meiſt kurz und unvollſtändig. Die vollſtändigſte Nachweiſung über ältere und neuere

---

Deichacht oder Deichband beſteht hauptſächlich darin, daß er ſeine abſonderlichen und eigenen Deichrichter und Geſchworenen item Deichſchauungen und Schauungsgerechtigkeiten in Haltung des Deichgerichtes und Beſtrafung der Bruchfälligen, ohne dependence oder concurrence des nächſten dabei belegenen Deichbandes, von alten Zeiten her beſtändig gehabt und dadurch von den benachbarten, darangrenzenden Deichbänden ganz abgeſondert bleibt, obſchon ein Deichgräfe über mehr denn ein Deichband die Schauungen verrichtet.

17) Sowie Dammert a. a. O. Th. 1, S. 51 flg.

Deichrechte findet man in Dreyer's Verſuch einer Anleitung zur Kenntniß der Deichgeſetze, in ſeinen Miſcellaneen, S. 1—37. Die älteſten bisher bekannt gewordenen ſind einige frieſiſche Deich- und Sielordnungen aus dem 14. Jahrhundert. Als das wichtigſte Deichrecht wird die veränderte und verbeſſerte, im J. 1743, am 29. Juli publicirte und zu Stade gedruckte Deichordnung für das Herzogthum Bremen allgemein bezeichnet[18]). Sie findet ſich auch in dem Anhange der bremiſchen Verordnung von 1749, S. 199—247, und Dreyer ſagt von ihr, daß ſie eine wahre Encyclopädie des Deichrechtes ſei und auf den Ruhm der vollſtändigſten Deichordnung den gegründetſten Anſpruch mache[19]). Demnächſt wird beſonders ausgezeichnet das oſtfrieſiſche Deich- und Siehlenrecht von 1670[20]), gedruckt Embden 1663, 4.; dann auch in (Brenneiſen) oſtfrieſiſche Hiſtorie und Landesverfaſſung, Bd. 2, S. 235; beſſer aber in Wicht, öſtfrieſiſches Landrecht, S. 872. Das neueſte, welches mir bekannt geworden, iſt die allgemeine Strom-Deich-Uferordnung für Oſtpreußen und Lithauen vom 14. April 1806[21]). — Eine Auswahl von Deichordnungen (ſie gehören dem 16. und beſonders dem 17. Jahrh. an) hat Hackmann als Anhang ſeinem ius aggerum beigegeben[22]). Einige finden ſich auch in dem Appendix zum Bd. 4 von Puffendorf's Observationes. Eine Sammlung von Deichrechten, wie man z. B. ähnliche für das Wechſelrecht, Bergrecht u. ſ. w. hat, fehlt noch, wiewohl ſchon Dreyer[23]) bemerkt hat, daß dergleichen gerade hier einem praktiſchen Bedürfniß entgegenkommen würden, weil die einzelnen Deichrechte unvollſtändig ſind, und auch die, welche dieſes am wenigſten trifft, als ſubſidiäre Entſcheidungsquellen (ſofern ſich nämlich nicht neben dem beſonderen geſchriebenen Rechte eine feſtſtehende Gewohnheit gebildet hat) auf die Deichrechte der benachbarten Territorien verweiſen[24]).

Die Eigenthümlichkeiten des Deichrechtes gehen beſonders aus dem hier beſtimmenden Geſichtspunkte hervor, daß auf Deichen und Dämmen die Sicherheit, das Leben und das Eigenthum in den den Ueberſchwemmungen ausgeſetzten Marſchländern beruht, und die traurigen Fol-

---

18) Vergl. auch Dammert a. a. O. S. 42 flg., wo namentlich die im Hannöverſchen geltenden Deichordnungen nachgewieſen ſind. Mannigfache Notizen bei Mittermaier, Pr.-Recht, §. 224, Note 8.

19) Dreyer, Miscell., S. 13, woſelbſt auch eine genauere Inhaltsüberſicht derſelben.

20) Dreyer a. a. O. S. 4 u. 25.

21) Andere Deichordnungen ſ. auch noch bei Mittermaier, §. 224, Note 8.

22) **Mantissa ad tractatum iurid. de iure aggerum continens selectas quasdam constitutiones aggerales, p. 1—36.**

23) Dreyer a. a. O. S. 5.

24) So in der lübeck- und hamburgiſchen 1772 revidirten Deichordnung für die Vierlande, Art. 22: In den in dieſer Ordnung nicht beſchriebenen Fällen ſoll nach den benachbarten Deichrechten geurtheilt werden. — Auch die bremiſche Deichordnung von 1743, Cap. 18, verweiſt auf die in den benachbarten Marſchländern vorhandenen und üblichen Spatelandsrechte und Gewohnheiten und befiehlt, daß ſolchen, ſo weit ſie pro varietate locorum applicabel, mit Zurückſetzung des röm. Rechtes nachgegangen werden ſoll.

gen eines unglücklichen Hauptbruches ſich über das ganze Land erſtrecken, ſo daß es keines großen Nachſinnens bedarf, um einzuſehen, daß, wenn der durchbrochene Deich nicht ſo ſchleunig, als es die Noth erfordert, wieder hergeſtellt wird, das mit jeder Fluth in das Land dringende Salzwaſſer und die mitgeführten Sand- und Moorſtücke Aecker und Wieſen verderben, den Landmann an der Bearbeitung und Benutzung ſeiner Felder behindern, dem Vieh die nöthige Graſung entziehen, und daß ſolchergeſtalt die ganze Landwirthſchaft darniederliegt und die unentbehrlichſten Lebensmittel zur großen Beſchwerde des gemeinen Weſens im Preiſe ſteigen [25]). Die Deiche, deren Errichtung und Beſchützung, waren immer ein beſonderer Gegenſtand der Aufmerkſamkeit der betheiligten Gemeinde oder der Landesobrigkeit, da aber das ganze durch den Deich geſchützte Land in Gefahr kommt, wenn ein Theil deſſelben nicht im gehörigen Stande erhalten wird, ſo hat ſich daraus eine beſondere unnachſichtige Forderung in Erfüllung der Deichpflicht entwickelt, und da hier leicht Gefahr und Vergrößerung des Nachtheiles aus dem Verzug entſteht, ſo wird ein ſtrenges und ſchleuniges Verfahren zur Nothwendigkeit.

Zum Bau und zur Erhaltung der Deiche müſſen daher alle Deichlandsgenoſſen beitragen, doch können auch Andere, vermöge beſonderer rechtlicher Beſtimmungen, in gewiſſen Fällen mit herbeigezogen werden. — Man unterſcheidet die ordentliche und die außerordentliche Deichlaſt, deren Verſchiedenheit etwas genauer, als es in den Lehrbüchern wohl geſchieht, dahin zu beſtimmen ſein möchte, daß 1) die erſtere nur von den Deichgenoſſen geleiſtet zu werden braucht, während zu der anderen in beſonderen Fällen auch wohl andere Perſon, wie die Genoſſen angrenzenden Deichländer, oder auch andere Bewohner der benachbarten Gegenden, herbeigezogen werden können; ferner umfaßt die ordentliche Deichlaſt 2) nur diejenigen Leiſtungen der Deichgenoſſen, welche vermöge der Deichordnung regelmäßig wiederkehren, und nicht etwa erſt beſondere Ereigniſſe und Beſchlüſſe vorausſetzen. Es bezieht ſich die ordentliche Deichlaſt daher auf die Erhaltung des Deiches in ſchaufreiem oder beſtickmäßigem (d. i. untadeligem, der Deichordnung und den Regeln der Deichwiſſenſchaft entſprechendem) Zuſtande, wohin beſonders die Beſandung, Reinigung von Unkraut, Planirung der Maulwurfshaufen, Zuwerfen der Wegengleiſe, Ablaſſung des Waſſers, Anſchaffung und Vorbringung der Schölmaterialien bei hohem Waſſer und Eisgang, ſowie ferner die ordinären Deichwachen und andere dergleichen geringere Leiſtungen gehören[26]), während alle die, welche nicht regelmäßig wiederkehren oder die Kräfte des Einzelnen überſteigen, zu den außerordentlichen Leiſtungen gerechnet werden. Es iſt die Grenze zwiſchen der ordentlichen oder außerordentlichen Deichlaſt daher in manchen Deichordnungen nach einem Geldmaximum, der auf jeden beſtimmten Landestheil, z. B. jeden Morgen, zu überneh-

---

25) So Dreyer a. a. O. S. 2.

26) Dammert a. a. O. S. 33. Wolter, §. 38, Zuſätze, S. 3 flg. Hunrich, Art. 18. Runde, §. 117. Hagemann, Landwirthſchaftsrecht, §. 310. Mittermaier, §. 226.

menden Koſten beſtimmt[27]). Es gehören dahin alſo alle größeren durch vereinte Kräfte des ganzen Deichbandes zu fördernden Unternehmungen, wie namentlich die Herſtellung der Grundbrüche, Anſtärkung an der Binnen- und Außenſeite, beträchtliche Erhöhung der Deiche, Anlegung von Schur- und Nothdeichen, und alle zur Sicherung der Deiche mehr oder minder gereichenden Stromwerke[28]).

Der Hauptgrundſatz des Deichrechtes wird in der Paroimie ausgedrückt: Kein Land ohne Deich, und kein Deich ohne Land[29]). Das Erſte heißt, daß alle von einem Hauptdeiche befaßten Grundſtücke, welche ohne denſelben der Ueberſchwemmung ausgeſetzt ſein würden, deichpflichtig ſind[30]), das Andere, daß die Deichpflicht von dem Grundſtücke worauf ſie haftet unzertrennlich iſt, und als eine Reallaſt auf jeden Beſitzer übergeht. — Die Deichpflicht ruht aber nicht auf ſolchem Lande, welchem der Schutz des Deiches nicht zu Gute kommt, d. i. auf Ländereien, die nicht zur Cultur gebracht oder ſo hoch gelegen ſind, daß ſie ſchon dadurch vor Ueberſchwemmungen geſchützt ſind, alſo namentlich nicht auf Moor- und Geeſtland[31]). Daher können auch, wenn der Lauf des Stromes eine andere Richtung nimmt, oder mit den Meeresufern eine Veränderung vorgeht, Marſchländer von der Deichlaſt, die bisher darauf haftete, befreit werden[32]). Auch ausgedeichte Länder ſind ihr natürlich nicht mehr unterworfen. Exemtionen von der Deichlaſt gibt es nicht, ſo daß ſowohl die Ländereien der Kirche, Beſitzungen von Adeligen, ſowie auch die landesherrlichen Domänen ihr unterworfen bleiben[33]), und ſelbſt auf unvordenkliche Verjährung kann keine Befreiung von der Deichlaſt begründet werden[34]). Auch durch Verträge kann keine Veränderung in der Deichlaſt hervorgebracht werden, und wenn dadurch auch Rechtsver-

---

27) Nach der bremiſchen D.-O. Cap. 13, §. 4, iſt jede Deichreparatur, welche die gemeine Hand- und Karrenarbeit ungerechnet, ſo viel koſtet, daß auf einen Morgen Binnenland über 4 Rthlr. ausgegeben werden müſſen, zu den außerordentlichen Deichlaſten zu rechnen, dermaßen, daß die Inhaber der Deiche die erſten 4 Rthl. auf jeden Morgen allein übernehmen müſſen, di: ſich höher belaufenden Koſten aber von den ſämmtlichen Kirchſpiels- oder Deichbandangeſeſſenen pro rata geſtanden werden müſſen. Im ſchleswig-holſteiniſchen Deichreglement, §. 17—23, iſt die Prägravationsſumme auf 1 Mark für jede 100 Quadratruthen deichpflichtigen Landes feſtgeſetzt.

28) Puffendorf, obs. I. 193. II. 104. III. 134. Hunrich, S. 28, 190. Wolters, §. 38, 44. Hagemann, Landwirthſchaftsrecht, §. 310. Runde, §. 118. Mittermaier, §. 227.

29) Kommt wenigſtens ſchon in einem Urtheil von 1568 vor, bei Puffendorf, obs. IV. app. p. 63.

30) Hackmann l. c. cap. 10. §. 19, daſ. Stellen aus Deichordnungen, die dieſen Grundſatz ausſprechen. Brem. Deichordn. Cap. 4, §. 1 u. 2.

31) Hackmann l. c. cap. 10. §. 24—30. Brem. Deichordn. Cap. 4. §. 12.

32) Runde, Privatrecht, §. 115, Note 1.

33) Hackmann, cap. 10. §. 33—97. §. 213—223. Mevius, dec. P. VI. D. 260. n. 7. P. VIII. dec. 454. Brem. Deichord. Cap. 4, §. 2. Runde a. a. O. Note g.

34) Hackmann, c. 10. §. 189—210. Heincken, tentamina §. 27. Brem. D.-O. Cap. 4, §. 3.

hältniſſe unter den Contrahenten begründet werden, ſo bleibt die Verpflichtung gegen das Deichland doch unberührt[35]). Es kann daher auch nicht die auf einem Grundſtück haftende Deichlaſt auf ein anderes, um jenes davon zu befreien, übernommen werden. Es haftet daher auf jedem Grundſtück und bleibt mit demſelben ein verhältnißmäßiger Theil der Deichpflicht verbunden, deſſen Erfüllung von Jedem, der das Grundſtück in einem nießbräuchlichen Beſitz hat, und ſelbſt von dem Zeitpächter gefordert werden kann[36]). Wie weit dieſer dann aber wieder ſeinen Regreß an den Eigenthümer oder Verpächter nehmen kann, muß nach den abgeſchloſſenen Verträgen, den Deichordnungen oder dem gemeinen Rechte beſtimmt werden. Mehrere Deichordnungen ſchreiben vor, daß der Pächter den Deich ex propriis in ſchaufreiem Zuſtande erhalten muß, daß er aber nicht ſelbſt die außerordentliche Unterhaltung von Deich⸗ und Stromwerken, wenn das Deichband ſie auch zunächſt von ihm fordert, zu tragen hat[37]). — Die Natur der Deichpflicht, als eine unzertrennliche Reallaſt, zeigt ſich auch beſonders darin, daß wer nicht die auf ſeinem Grundſtück haftende Deichlaſt präſtiren will oder kann, deſſelben verluſtig wird: **Wer nicht will deichen, muß weichen.** Es hatte ſich dabei in früherer Zeit die Sitte gebildet, daß ein Spaten in den Deich geſteckt wurde, um deſſen Dereliction anzuzeigen. Es konnte dieſes von dem Eigenthümer ſelbſt geſchehen, um dadurch zu erkennen zu geben, daß er außer Stande ſei, den Deich zu unterhalten, oder es erfolgte beſonders als eine Form der Execution gegen den in Erfüllung ſeiner Deichpflicht Säumigen[38]). Der Spaten galt dann als Zeichen, daß man ſich des Deiches annehmen wollte; und es konnte dadurch, beſonders nach älteren Deichrechten, wer es that, ſich zum Herrn des Grundſtückes, zu welchem der Deichantheil gehörte, machen. Dieſes iſt das ſogen. Spatenrecht, wovon auch das Deichrecht überhaupt den Namen Spaten⸗ oder Spatenlandsrecht erhalten hat. Es fanden bei Ausübung dieſes Spatenrechtes gewiſſe ſolenne Gebräuche ſtatt, wie dergleichen auch ſonſt bei dem teutſchen gerichtlichen Verfahren üblich waren[39]). In einigen Gegenden iſt dieſes Spatenrecht ganz abgeſchafft, z. B. in Oldenburg[40]). Manche Deichordnungen enthalten aber auch die ausdrücklichen Beſtimmungen, daß es dem Deichpflichtigen nicht freiſtehe, ſeine deichpflichtigen Ländereien zu derelinquiren, ſo lange er noch Vermögen beſitzt, um den Deich zu unterhalten, und daß er dieſelben nicht einmal ohne Einwilligung des Deichbandes verkaufen dürfe, damit ſie nicht auf einen Beſitzer übergehen, der au⸗

35) **Cancrin**, Waſſerrecht, Bd. 1, S. 129. **Mittermaier**, §. 226.
36) **Hackmann**, c. 10. §. 98—177. **Heinken**, §. 26. **Hagemann**, Landwirthſchaftsrecht, S. 308 flg.
37) Stellen bei **Hackmann**, c. 10. §. 136—145. Brem. D.⸗O. Cap. 4, §. 4, 6—8, 10. **Dammert** a. a. O. Th. 2, S. 47.
38) **Hackmann**, c. 15. §. 18—45. **Dreyer**, Miscell., S. 11 flg. **Puffendorf**, obs. T. IV. obs. 161. §. 1—5. **Hagemann** und **Bülow**, Erörter. Bd. 2, S. 3, 19, 21. **Mittermaier**, t. Pr.⸗Recht, §. 228. **Duncker**, Reallaſten, S. 183.
39) **Hackmann**, c. 15. §. 43. p. 458.
40) **Hunrich**, oldenb. D.⸗R. S. 7. **Runde**, §. 117, Note c.

ßer Stand iſt die Deichpflicht zu erfüllen[41]). Es wird dieſes von vielen ſogar als ein allgemeiner Grundſatz des Deichrechtes aufgeſtellt[42]), wogegen aber Dunker wohl nicht mit Unrecht einwendet, daß wo ſolche Beſtimmungen ſich nicht finden, es wie bei jeder Reallaſt dem Beſitzer geſtattet ſein muß, durch Dereliction des belaſteten Grundſtückes ſich zu befreien, da er ja nur als Beſitzer des deichpflichtigen Grundſtückes und durch dieſes dem Deichbande angehört[43]). — Wenn zwiſchen zwei Grundbeſitzern ſtreitig iſt, wem von beiden die Erhaltung eines Deichſtückes obliegt — wenn ſo ein Kief= oder Wrackdeich, wie es heißt, entſteht — ſo müſſen entweder beide, oder der, gegen welchen die größte Vermuthung ſtreitet, proviſoriſch die Unterhaltung übernehmen; wenn aber bei der Unterſuchung keiner der Nachbarn zu Uebernahme der Deichpflicht ſchuldig befunden wird, ſo fällt die Unterhaltung des herrenloſen Deiches dem ganzen Deichbande zu[44]); ein Gleiches gilt auch von den derelinquirten Deichen, wenn ſich Niemand finden ſollte, der den Spaten ziehen wollte[45]).

Die außerordentliche Deichlaſt iſt entweder Beihilfe oder Nothhilfe[46]); beide treten in den oben bezeichneten Fällen ein, wo die Erhaltung des Deiches oder die Sicherung des Binnenlandes Leiſtungen fordert, die die Kräfte oder Verpflichtung des einzelnen Deicheigenthümers überſteigen, indem dann, ſo weit dieſes der Fall iſt, der ganze Deichband die Arbeit und Koſten übernehmen muß. Namentlich müſſen zu den Gegenſtänden der außerordentlichen Deichlaſt in der Regel auch die Stromwerke gerechnet werden, die nicht als ein Acceſſorium der Deichkabel, vor welcher ſie liegen, ſondern der ganzen Deichlinie zu rechnen ſind, und deren Unterhaltung daher, wenn ſie, ſei es direct oder indirect (z. B. durch Erhaltung des dem Deiche zum Nutzen gereichenden Vorlandes), mit zur Sicherung des Deiches dienen, auf gemeinſchaftliche Koſten des Deichbandes geſchehen muß[47]). Wo genau beſtimmt iſt, was von dem einzelnen

41) Deichrecht von Salland, Art. 21. Puffendorf, obs. T. IV. app. p. 415. Bremiſche D.=O. Cap. 9, §. 10. Dieſe verordnet, daß der Deichpflichtige, der den Deich derelinquiren will, auf dem Deich ſtehend, den Spaten in der Hand, in Gegenwart der Deichbeamten einen Eid ſchwören muß, daß er keine Mittel habe denſelben zu unterhalten. Wenn er aber dieſes nicht thun kann, ſoll ihm das Land durch das Spatenſtechen nicht abgenommen, er durch Zwang zur Erfüllung der Deichpflicht angehalten und endlich als ein Zerſtörer des gemeinen Beſtens im Lande nicht länger geduldet werden.

42) Puffendorf, T. IV. obs. 161. §. 6 sq. Vgl. auch Dammert a. a. O. Th. 1, S. 127 flg. S. Ebendenſelben Bd. 2, S. 46.

43) Dunker, Reallaſten a. a. O.

44) Hackmann, c. 10. §. 373—382. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. III, S. 19. Heinecken, §. 34. Runde, §. 116, Note a. Dammert a. a. O. Th. 1, S. 105 flg. Mittermaier, §. 229.

45) S. Dammert, Th. 2, S. 43—45, woſelbſt er auch bemerkt, wie nur die mangelhafte Einrichtung der Deichbände, die nicht gehörige Vertheilung der Deich= und Strombaulaſt ſolche Dereliction der Grundſtücke hervorrufen konnte.

46) Ueber deren Unterſcheidung vgl. Hunrich, Art. 5, S. 28 u. 34.

47) Hackmann, c. 14. §. 14. Wolters, §. 36. Puffendorf, T. III. obs. 130. §. 4. 5. obs. 135. §. 4. 5. v. Ende, juriſt. Abhandl.

Deichhalter, was von dem Deichbande getragen werden muß, kann der Beitrag zu letzterem eigentlich nicht einmal als eine außerordentliche Beihilfe bezeichnet werden. Mehr würde dieſer Name auf die Fälle anwendbar ſein, wo auch, weil eine ganze Deichcommune außer Stande iſt, die Deicharbeit zu beſchaffen, oder wo das Werk zugleich benachbarten Deichbänden mit zu Gute kommt, dieſe mit zu den Koſten oder der Arbeit concurriren müſſen. In dem erſteren Falle kann Beihilfe aber nur verlangt werden, wo die Verpflichtung zu derſelben durch Landesgeſetz, Gewohnheit oder Vertrag begründet iſt [48]). Wo ſolche beſondere Verpflichtung nicht rechtlich begründet iſt, und keine benachbarten Deichbände oder Landesdiſtricte bei Erhaltung des Deiches beſonders betheiligt ſind, müßte im Falle des Unvermögens des Deichbandes die Beihilfe wohl vom Staate geleiſtet werden [49]). — Die Nothhilfe tritt ein, wenn bei hoher Sturmfluth oder Eisgang die Deiche in Gefahr ſind, oder wenn Kappſtürzungen wirklich geſchehen, oder ein Theil des Deiches bereits weggeriſſen und ein Durchbruch wirklich erfolgt iſt [50]). Sie unterſcheidet ſich dadurch von der Beihilfe, welche verſchiedene Deichbände einander leiſten müſſen, daß ſie nicht blos da eintritt, wo das Intereſſe bei Erhaltung des Deiches ein gemeinſchaftliches iſt, oder eine beſonders durch Vertrag u. ſ. w. begründete Verpflichtung vorhanden iſt. Alle Umwohner, ſo weit ſie zu Hilfe kommen können und dazu entboten werden, ſind dazu verpflichtet, ſelbſt auch die der Geeſtländer, welche den Ueberſchwemmungen nicht ausgeſetzt ſind. Nach älterer germaniſcher Anſicht beruhte die Leiſtung der Nothhilfe auf einer Pflicht der Nachbarlichkeit, nach neuerer wird ſie als zur Landfolge gehörige Unterthanenpflicht betrachtet [51]), wozu der Landesherr entbieten, und der ſich Niemand entziehen kann [52]). Die Nothhilfe beſteht theils in zu haltenden außerordentlichen Deichwachen [53]), beſonders wenn mehrere Deiche zugleich bedroht ſind, ſo daß die Deichbande einander nicht zu Hilfe kommen können; ferner in Hilfsdienſten bei Herſtellung des gebrochenen Deiches, die entweder mit der Hand, oder von denen, welche Pferde und Wagen halten, mit Geſpann, nach Verhältniß ihrer Grundbeſitzungen, bis die Gefahr und Noth

---

Nr. IV, §. 15. Bülow und Hagemann, Erörterungen, Bd. 2, S. 8, 14. Dammert a. a. O. Th. 1, S. 19, 48, Th. 2, S. 33—37. Martens, wie und welcher Geſtalt der ganze Deichband verpflichtet geweſen ſei, dem einzelnen Deichhalter bei Strom- und Uferwerken zu Hilfe zu kommen? In den braunſchweig-lüneb. Landesannalen, Jahrg. VI, S. 470—483. Runde, §. 114a a. E. Mittermaier, §. 227.

48) Hunrich, S. 28, 190. Puffendorf, obs. T. II. 104. III. 134. 135. Heineken, §. 38 sq.

49) Dammert, Th. 2, S. 65—68.

50) Hunrich, S. 34. Wolters, §. 46. Woltmann, Th. 1, §. 59, 60. Dammert, Th. 1, S. 56 flg., Th. 2, S. 62. Ramdohr, juriſt. Erfahrungen, Bd. 2, S. 423.

51) Leiſt, Staatsrecht, §. 197.

52) Elbdeichordnung von 1664, §. 8, 9. Brem. Deichordnung Cap. 13. Schleswig-holſt. Deichregl. §. 31, 32.

53) Hannöverſches Magazin 1806, Stück 49. Elbdeichordnung von 1664, §. 8—10. Bremiſche D.-O. §. 1, 13. Dammert, Th. 1, S. 57.

vorüber ſind, geleiſtet werden müſſen; endlich auch wohl in Lieferung der nothwendigen Materialien, welche letzteren aber wieder erſetzt werden müſſen, während die Nothhilfe ſonſt als ſolche unentgeldlich zu leiſten iſt [54]).

Die Anlegung und Erhaltung der Deiche kann auch Veranlaſſung geben, Abtretung des Eigenthums — wie ſie im Falle der Noth von jedem Staatsbürger gefordert werden kann — zu verlangen [55]). Es iſt dieſes ſowohl der Fall bei Anlegung neuer Deiche, als wenn es nach Ermeſſen der Deichaufſicht für zweckmäßig gefunden wird, einen durchbrochenen Deich nicht wieder auf die alte Stelle zu legen, ſondern denſelben weiter hinaus oder landeinwärts zu ziehen [56]). Es muß dabei der Eigenthümer unter Anrechnung ſeines eigenen Betrages entſchädigt werden [57]). Es kann auch vorkommen, daß das Eigenthum nur auf eine Zeitlang zur Anlegung von Noth-, Chur- oder Kaideichen, die nur eine temporäre Beſtimmung haben, überlaſſen werden muß; die vom Deichbande zu leiſtende Entſchädigung iſt dann durch gegenſeitig vorzuſchlagende Taxatoren auszumitteln [58]). Auch iſt jeder zum Deichbande gehörige Landeigenthümer, da wo bei dem Deiche keine öffentlichen, zum Graben der Deicherde und zum Sodenſtich beſonders beſtimmten Plätze vorhanden ſind [59]), verpflichtet, bei Anlage eines neuen Deiches, oder einer vom ganzen Deichbande zu beſchaffenden Herſtellung oder Stärkung des Deiches die dazu erforderliche Erde und Soden, welche aber immer daher genommen werden müſſen, wo es der vorzunehmenden Deicharbeit unbeſchadet, dem Landeigenthümer am unſchädlichſten iſt, alſo zunächſt vom Außendeichs- oder Vorlande, gegen Entſchädigung verabfolgen zu laſſen [60]). — Verwandt mit den hier angeführten Rechtsgrundſätzen iſt die Frage, ob der Grundbeſitzer, deſſen bisheriges Binnenland durch Zurückziehen des Deiches in Außenland verwandelt worden iſt, dafür von dem Deichbande oder vom Staate Entſchädigung verlangen kann? Es iſt dieſes der Fall, wenn die Einlage die Vermeidung größerer Koſten oder die größere Sicherheit der Unterhaltung einer gefährlichen Deichſtrecke bezweckt; wo ſie

54) Wie weit dieſe Unentgeldlichkeit etwa näher zu beſtimmen und zu beſchränken ſein möchte, ſ. Dammert, Th. 2, S. 64.

55) Puffendorf, obs. T. IV. obs. 216. §. 6. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. 2, S. 25. Berg, Polizeirecht, Th. 1, S. 90. Leiſt, Staatsrecht, §. 197.

56) Dammert, Th. 1, S. 28.

57) A. M. Runde, §. 121. 9. Das Land, worauf der Deich ſteht, iſt aber wohl nicht dem ausgedeichten Lande gleichzuſetzen, ſondern wohl mit zu dem bedeichten zu rechnen.

58) Bülow und Hagemann a. a. O. S. 28, 29. Cancrin, vom Waſſerrechte, I. 115. Dammert a. a. O.

59) Bremiſche D.-O. Cap. 3, §. 1—3. Cancrin, Abhandl. aus dem Waſſerrechte, I. S. 147. Dammert, Th. 1, S. 9; Th. 2, S. 30.

60) Siehe darüber überhaupt Hackmann, c. 6. §. 33—157. Schleswig-holſteiniſches Deichreglement §. 27. Cancrin, vom Waſſerrechte, I. S. 146. Bülow und Hagemann a. a. O. Bd. 2, S. 26; Bd. 3, Nr. 1. Fiſcher, Cammeral- und Polizeirecht, Bd. 3, S. 26. Hunrich, Art. 24. Wolters, §. 32.

aber aus Noth geſchieht, da muß der Eigenthümer des Landes, deſſen Beſchützung nicht mehr möglich iſt, den unglücklichen Zufall tragen und das Deichband als Societät haftet dafür nach gemeinem Rechtsgrundſatze nicht [61]. Aus Gründen der Billigkeit haben Manche indeß auch hier dem Grundeigenthümer eine Entſchädigungsforderung zugeſprochen [62].

Es gibt eine *zweifache Art der Betreibung des Deichbaues*. Nach der älteren, bei welcher beſonders das Spatenrecht und manche der angegebenen Eigenthümlichkeiten vorkommen, iſt der Deich vermeſſen und jedem Beſitzer eines deichpflichtigen Grundſtückes nach Verhältniß des auf den Deich in die Länge oder die Quer ſchießenden Landes ein beſtimmter und bezeichneter Deichantheil (*Deichkabel*, *Deichpfand*, *Deichflagge*) zur Unterhaltung in ſchaufreiem Zuſtande auf eigene Koſten angewieſen [63]. Wo das Deichweſen zu einer größeren Vollkommenheit entwickelt iſt, iſt dieſe Vermeſſung auch auf die Stromwerke, die zur Sicherung des Deiches dienen, ausgedehnt. Man nennt dieſe Art der Betreibung des Deichbaues die *Pfanddeichung* [64]. Die andere oder die *Betreibung des Deichbaues in Communion*, nach dem Communionfuße, findet ſtatt, wenn der Deichbau auf Koſten des Deichbandes betrieben, zu dem Zwecke für einen jeden oder für mehrere Deichbände eine Deichcaſſe errichtet wird, zu welcher jeder Deichpflichtige verhältnißmäßig beitragen muß [65]. Die Natur der Deichlaſt wird dadurch, ob die eine oder andere Art der Beitreibung ſtattfindet, nicht verändert, nur das Object der Leiſtung, welches in dem einen Falle in Dienſten, in dem anderen in Geld beſteht [66]. Die Communiondeichung verdient deßhalb den Vorzug, weil eine gleiche Vertheilung der Deichlaſt, welche überall ſtattfinden ſollte und verlangt werden kann [67], bei derſelben leichter zu erreichen iſt. Es iſt dieſes beſonders von Nic. *Beckmann* ausgeführt worden [68]. Die Vertheilung der Deichlaſt iſt einer der ſchwierigſten Gegenſtände der Deichgeſetzgebung und Verwaltung. Man hat oft, beſonders in älteren Deichordnungen, nur die Größe des durch den Deich ge-

---

61) L. 24. §. 3. D. de damno infecto. L. 23. D. de R. J. L. 6. C. de pignor. act. Brem. D.-O. Cap. 13, §. 6. *Hackmann*, VI. §. 176—179. *Puffendorf*, obs. IV. obs. 216. §. 5. *Hunrich*, Deichrecht, S. 138, 147 flg. *Klein*, Annalen, Bd. 4, S. 252. *Bülow* u. *Hagemann*, Erört. III. S. 26; V. S. 267. *Berg*, Polizeirecht, Bd. 3, S. 107—109. *Dammert*, Th. 2, S. 29 flg. *Runde*, §. 121, Note g. *Mittermaier*, §. 229.

62) So beſtimmen es auch einige Deichordnungen. S. bei *Hackmann*, VI. §. 173. Schleswig-holſt. Deichregl. §. 28, 29. Beſ. *Halem*, de iure eliminatorum eorumque indemnisatione antiquo et hodierno iuri consentanea. Hafn. 1770. *Dreyer*, Miscellan., S. 21.

63) *Hackmann*, c. 7. §. 76—86. *Wolters*, §. 27. Zuſätze, S. 27. *Dammert*, Th. 1, S. 34.

64) *Benzler*, s. v. Deichband.

65) *Hunrich*, Art. 5, 8. *Wolters*, §. 29, 30. *Runde*, §. 117. *Mittermaier*, §. 226.

66) *Duncker*, Reallaſten, S. 184.

67) *Mevius*, decis. P. VIII. dec. 230 *Wolters*, S. 42.

68) In ſeinem Entwurf einer Deichordnung in Joh. *Beckmann*, Beitr. zur Oekonomie und Technologie, Th. 3, S. 319.

ſchützten Landes zum Maßſtabe genommen, während neben dieſer nicht nur, wie es in anderen Deichordnungen der Fall iſt, auch die Qualität des Grundbeſitzes in Betracht kommen müßte[69]), ſondern auch der Grad der Gefahr, welcher bei den verſchiedenen Arten von Deichbrüchen die Grundſtücke ihrer Lage nach ausgeſetzt ſein würden[70]). — Wo eine ſolche Vertheilung der Deichlaſt nach richtigen Principien durchgeführt werden ſoll, müſſen dann, ſtatt der gewöhnlichen Deichrollen oder Deichregiſter, in welchen die Deichkabeln, deren Unterhaltung jedem Grundſtücke zukommt, ſo wie die Beiträge, welche bei der Communiondeichung geleiſtet werden müſſen, verzeichnet ſind, nach vorhergehender Nivellirung, Vermeſſung und Bonitirung des ganzen Deichbandsdiſtrictes ordentliche Deichbandcataſter angelegt werden, deren Reviſion dann etwa von 10 zu 10 Jahren erfolgen müßte[71]).

Der in der Rolle genannte Eigenthümer des Grundſtückes, auf welchem die Deichlaſt haftet — der Deichhalter — wird in derſelben oft der Deichherr oder Deicheigenthümer genannt, aus welcher Benennung aber kein ihm an dem Deiche beſonders zuſtehendes Recht zu folgern iſt[72]). Der Deich wird vielmehr als ein Ganzes betrachtet, ſo daß Niemand an Theilen deſſelben ein Privateigenthum hat; es gehört der Deich zu den **rebus publicis**[73]). Es kann ein gemeinſchaftlicher Gebrauch, z. B. durch Reiten oder Fahren auf der Kappe ſtattfinden[74]), oder es können Nutzungen auch Einzelnen überlaſſen werden, wie z. B. die Benutzung des Graswuchſes, oder indem die Erlaubniß ertheilt wird, den Deich mit Bäumen zu bepflanzen, Häuſer auf demſelben zu erbauen[75]). Dabei muß aber immer die Rückſicht walten, daß dem Deiche dadurch kein Schaden zugefügt, die Erhaltung nicht erſchwert, noch die Deichpflichtigkeit vermehrt wird, weßhalb denn auch jede ertheilte Bewilligung jeder Zeit modificirt und widerrufen werden kann. Da das Deichrecht gewiſſermaßen ein Nothrecht war, von der Erhaltung der Deiche das Gedeihen und ſelbſt die Exiſtenz des dadurch geſchützten Landes abhing, ſo mußte auch die Anwendung und Befolgung der ſtrengen Grundſätze über die Deichpflichtigkeit geſichert, für eine zweckmäßige Anlegung der Deiche, ſobald man dieſe als gemeine Sache zu betrachten angefangen hatte, für eine erforderliche Aufſicht, für eine raſche Entſcheidung entſtandener Rechtsſtreitigkeiten und für die

---

69) **Hackmann**, c. 10. §. 224—250. Hunrich, Art. 2, S. 9, 17. **Heineken**, §. 32.

70) Darüber Dammert, Th. 2, S. 10—19, und auch Th. 1, S. 47.

71) Ueber die Deichrollen und Cataſter, ſowie deren Einrichtung ſ. **Hackmann**, c. 7. §. 86—115. Hunrich, Art. 2. Wolters, §. 28. Bülow und Hagemann, Th. 6, Erört. 82. Dammert a. a. O. u. Th. 2, S. 58, 60, 81.

72) **Hackmann**, c. 11. §. 33—38.

73) **Hackmann**, c. 11. §. 1—50. Puffendorf, obs. I. n. 216. Hunrich, Art. 22—25. Wolters, §. 52—56. Woltmann, Th. I, §. 34 flg. Runde, §. 120.

74) **Hackmann**, c. 11. §. 51—77. Brem. D.-O. Cap. 11. Oldenb. D.-O. von 1681, §. 4, 7, 8.

75) **Hackmann**, c. 11. §. 78—136.

Beſtrafung der Frevel Sorge getragen werden. Die **Deichbände** erhielten daher eine **eigenthümliche Verfaſſung**, wie ſie in anderen genoſſenſchaftlichen, zu ähnlichen Zwecken begründeten Einigungen im Mittelalter ſtattzufinden pflegte. Ein gewählter Vorſtand — **Deichgraf** — mit einem Ausſchuß der Deichgenoſſenſchaft — **Deichgeſchworenen** — hatte die Leitung der Deichangelegenheiten. Zum Deichgrafen wurde oftmals wohl, um den Anordnungen der Genoſſenſchaft ein größeres Anſehen zu ſichern, ein durch Geburt und Grundbeſitz ausgezeichneter Mann vom Ritterſtande oder vom hohen Adel gewählt. Zuweilen war das Deichgrafenamt auch in einer Familie erblich geworden [76]). Jetzt wird das Deichweſen überhaupt als ein Gegenſtand, deſſen ſich die Landesobrigkeit beſonders anzunehmen hat, angeſehen. Als ein Ausfluß der Landespolizeigewalt wird das Recht und die Pflicht betrachtet, dafür zu ſorgen, daß die höchſt nachtheiligen Folgen, welche durch Ueberſchwemmungen der Meere, Seen, Flüſſe und Bäche, mögen ſie im Staats- oder Privateigenthum ſich befinden, für das Land entſtehen können, möglichſt verhütet und abgewendet werden [77]). Zu den Anſtalten, wodurch dieſes erreicht wird, gehören insbeſondere die Deiche. In Beziehung auf dieſelben hat die Landesobrigkeit nicht nur eine Oberaufſicht über alle Deichgenoſſenſchaften zu üben, ſondern ſie kann auch die Anlegung neuer Deich- und Stromwerke und die Art der Ausführung und ferneren Erhaltung vorſchreiben, ohne daß die Deichintereſſenten verlangen können, darüber befragt zu werden. — Sie kann Deichbeamte anſtellen, welche unter ihrer höchſten Aufſicht die Pläne zu neuen Deich- und Stromwerken entwerfen und deren Ausführung beſorgen; die Unterthanen nöthigen, zum Beſten der Deichgeſellſchaften einen Theil ihrer Grundſtücke gegen Entſchädigungen abzutreten und Nothhilfe zu leiſten; Deichgeſetze erlaſſen, und die Aufſicht über deren Ausübung verbunden mit der nöthigen Gerichtsbarkeit führen.

Die Oberdeichbeamten heißen jetzt gewöhnlich Oberdeichgräfen, Oberdeichinſpectoren, Deichgräfen, Deichinſpectoren, Deichhauptleute u. ſ. w. Die Unterbeamten: Deichvoigte, Deichgeſchworene, Deichälteſte u. ſ. w. [78])

Außer der fortwährend zu übenden Aufſicht, damit die etwa entſtandenen, Gefahr drohenden Schadhaftigkeiten der Deiche ſogleich hergeſtellt

---

76) **Hackmann**, c. 12. §. 86 sq.

77) **Moſer**, von der Landeshoheit in Anſehung Erde und Waſſer, Cap. XIX, S. 207. **Derſelbe**, von der Landeshoheit in Polizeiſachen, S. 369. **Leiſt**, §. 2. **Berg**, Polizeirecht, Bd. 3, S. 76. v. **Bülow** und **Hagemann**, prakt. Erört. Bd. 2, S. 12 flg. **Hackmann**, c. 5. §. 100—103; c. 10. §. 13 sq.

78) Ueber dieſe Deichbeamte ſ. **Hackmann**, c. 12. §. 40 sq. **Hunrich**, Art. 13, 17, 45—47. **Fiſcher**, Cameral- und Polizeirecht, Bd. 3, S. 23 flg. v. **Berg**, Polizeirecht, Th. 3, S. 126 flg. **Dammert**, Th. 1, S. 38. — Zuweilen wurde früher das Deichgrafenamt auch zu Lehn übertragen. — **Hackmann**, c. 12. §. 63 sq. Auch ſteht wohl noch den Genoſſenſchaften die Wahl, oder doch der Vorſchlag, dem Landesherrn aber die Beſtätigung zu. **Hackmann**, c. 12. §. 73 sq.

werden [79]), haben die Deichbeamten regelmäßige Reviſionen der Deiche — Deichſchauungen — zu halten, und zwar die Deichvorſchau im Frühjahre, um den Deichhaltern die Schadhaftigkeiten zu bemerken und die Wiederherſtellung bis zum nächſten Winter aufzugeben, die Deichnachſchau im Herbſte, um zu unterſuchen, ob den bei der Vorſchau ertheilten Vorſchriften und Anweiſungen gehörig nachgekommen iſt [80]). Bei der Deichſchau werden auch wohl die Stromwerke und auch die herrſchaftlichen und Privatbuſchwerder, deren Erhaltung, durch Cultur und wirthſchaftliche Benutzung, für den Deich ſehr wichtig iſt, revidirt [81]). Gegen die Säumigen werden bei der Nachſchau polizeimäßige Strafen, nach den darüber in den Deichordnungen enthaltenen Vorſchriften [82]), oder auch nach beſonderen Strafreglements, welche für einzelne Diſtricte oder Deichbände beſtehen [83]), verhängt. — Die erkannten Geldſtrafen fließen da, wo regulirte Deichbände beſtehen, in die Deichbandcaſſe, ſonſt in die landesherrliche Caſſe, und die etwa erkannten Strafarbeitstage, welche in Spann= und Handdienſten beſtehen, werden gewöhnlich bei den vorkommenden Deich= und Strombauen mit verwandt. Die älteren Deichordnungen [84]) enthalten auch noch manche Vorſchriften über die Beitreibung jener verhängten Geldſtrafen durch Pfändung [85]).

Nach der Deichſchau pflegten auch wohl beſondere Deichgerichte unter der Leitung des Deichgräfen mit dem Geſchworenen und Deichrichter gehalten zu werden; außerdem pflegte dieſes aber auch, ſo oft es die Nothwendigkeit erforderte, zu geſchehen [86]), ſo daß man auch hier die gebotenen und ungebotenen Dinge, wie ſonſt nach altteutſcher Gerichtsverfaſſung, unterſcheiden konnte. Wo die Deichbehörden nur aus Adminiſtrativbeamten beſtehen, die nicht zugleich mit der eigentlichen Gerichtsbarkeit bekleidet ſind, die Rechtsſtreitigkeiten alſo von dem ordentlichen Gerichte überhaupt, oder wem dieſes übertragen iſt, entſchieden werden müſſen, kann beſonders auch die Unterſcheidung deſſen wichtig werden, was zur Competenz der Adminiſtrativdeichbehörde und was zu der der Gerichte gehört. Im Allgemeinen iſt anzunehmen, daß, da bei Deich= und Strombauſachen die geringſte Verzögerung den größten Nachtheil für den ganzen Deichband veranlaſſen kann, und in den meiſten Fällen nur ſchleunige

---

79) **Hackmann**, c. 12. §. 149 sq. **Dammert**, Th. 1, S. 61; Th. 2, S. 49.

80) **Hackmann**, c. 12. §. 152 sq. **Hunrich**, Art. 18, 19. **Wolters**, §. 61. v. **Berg** a. a. O. S. 128. **Dammert**, Th. 1, S. 60.

81) **Dammert** a. a. O.

82) Beſtimmungen älterer Deichordnungen ſ. **Hackmann**, c. 12. §. 176—188. Bremiſche D.=O. von 1743, Cap. 9, 11, 16. Lüneb. Elbdeichordnung von 1664, §. 15—17, 29. D.=O. von 1748, §. 22. Lauenb. D.=O. von 1599, §. 2, 7—9, 12—15, 20—22; von 1752, §. 15—17, 23, 29, 32, 34, 36, 38—42. **Dammert**, Th. 1, S. 62.

83) S. v. **Bülow** und **Hagemann**, Erört. Bd. 2, S. 36—40.

84) **Hackmann**, c. 12. §. 188—222.

85) Ueber dieſelbe, als das gewöhnliche Executionsmittel, auch brem. D.=O. Cap. 9. **Hunrich**, 52, 93, 98. **Runde**, §. 122, Note d.

86) **Hackmann**, c. 17. §. 2—4.

und ungeſäumte Hilfe rettet („dieweil das Gewäſſer, Wetter und Wind auf Niemand wartet“), die Befolgung der von der Deichbehörde erlaſſenen Verfügungen nicht durch Beſchreitung des Weges Rechtens aufgehalten werden kann. Es kann nur ein Recurs an die Landesregierung, welcher die Oberaufſicht zuſteht, ſtattfinden, und ein ſolcher Recurs auch dann nur Suspenſiveffect haben, wenn nicht Gefahr beim Verzuge vorhanden iſt[87]. Die Deichbehörde kann im Fall der Renitenz eines aufgeforderten Deichintereſſenten, die von demſelben zu leiſtende Arbeit für baares Geld verrichten und die Koſten von demſelben allenfalls executive beitreiben laſſen[88]. Als Adminiſtrativ-, nicht als Juſtizſache iſt auch jede Streitigkeit anzuſehen, wobei es ſich um die Frage handelt, ob eine vorgeſchriebene Deicharbeit oder andere zur Sicherung des Deiches und eingedeichten Landes getroffene Verfügung nothwendig und zweckmäßig ſei[89]. Den Weg Rechtens kann aber nach vollbrachter Deich- oder Stromarbeit, nachdem der Anordnung der Deichbehörde Folge geleiſtet worden, der einzelne Intereſſent betreten, wenn er glaubt, Anſprüche auf Entſchädigung machen zu können, namentlich wenn ihm Leiſtungen zugemuthet worden, die ein Anderer hätte übernehmen ſollen. Doch iſt in ſolchem Falle der, welcher die Entſchädigung zu leiſten hat, nicht die Deichbehörde in Anſpruch zu nehmen. Es müſſen ſolche Streitigkeiten, als causae celerrimae expeditionis, nach den meiſten Prozeßordnungen ſummariſch behandelt und möglichſt bald beendigt werden[90].

Die Rückſicht auf die Beförderung des Deichbaues und der Erhaltung der Deiche hat auch gewiſſe Vorrechte, welche das Deichweſen genießt, hervorgerufen. Dahin gehört: 1) daß bei einem Concurſe über das Vermögen des Deichpflichtigen, nicht nur die Koſten des Deichbaues ſelbſt, ſondern oft auch Alles, was dazu an baarem Gelde, Materialien und Arbeitslohn creditirt worden, mehr oder weniger privilegirt iſt[91]; es kann dabei auch das jüngere Darlehn ausnahmsweiſe vor dem älteren alsdann den Vorzug haben, wenn ohne jenes dieſes würde eingebüßt worden ſein[92]. 2) Es dürfen die zur Deicharbeit erforderlichen Pferde, Geräthſchaften und Materialien während der Deicharbeit wegen Privatſchulden gar nicht, ſonſt aber nur dann zum Gegenſtande der Execution genommen werden, wenn der Deichpflichtige überall kein weiteres bewegliches und unbewegli-

---

87) Wie es auch bei Appellationen von Unter- an Oberdeichgerichte der Fall iſt. S. Hackmann, c. 17. §. 39—48. Runde, §. 123 a. E.

88) Brem. D.-O. Cap. 9, §. 2, 5—10. Elbdeichordn. von 1664, §. 23. Schleswig-holſt. Deichreglement §. 24. Struben, rechtl. Bed. V. S. 26. Berg, Polizeirecht, Th. 1, S. 150, Th. 3, S. 91. Dammert, Th. 1, S. 39, Th. 2, S. 53.

89) Dammert a. a. O.

90) Hackmann, c. 18. §. 30—38. v. Bülow und Hagemann, Erört. Bd. 2, N. 1, §. 1,4. v. Berg a. a. O. Dammert, Th. 1, S. 40.

91) Bremiſche D.-O. Cap. 14. Züneb. Elbdeichordn. von 1664, §. 25. Hackmann, c. 16. §. 21—51. Wolters, §. 62. Hunrich, Art. 9. Dammert, Th. 1, S. 41. S. aber auch Mittermaier, §. 228 a. E.

92) Den Inhalt einer ungedruckten Abhandlung über dieſen Gegenſtand theilt Dreyer, Misc. S. 33 u. 36 mit. Runde, §. 122, Note c.

ches Vermögen beſitzt [93]. Hierher gehört endlich auch 3) der beſondere Deichfriede [94]. Derſelbe wird ſchon in alten Küren der Frieſen neben den Kirchen-, Ding-, Heerfrieden u. ſ. w. erwähnt [95]. Eine Folge dieſes höheren Friedens war es, daß alle Mißthaten, die auf dem Deiche an Jemand begangen wurden, härter als ſonſt beſtraft wurden, womit man wohl bezwecken wollte, daß die auf und an dem Deiche mit Arbeit für denſelben beſchäftigt waren, dabei einer vollkommenen Sicherheit genießen und die Furcht vor Gewaltthätigkeit Niemand von der Deicharbeit zurückhalten ſollte [96]. Beſtimmungen, die dieſen beſonderen Schutz der Deicharbeit betreffen, finden ſich dann auch in manchen Deichordnungen [97]. Es werden daher auch wohl noch Vergehen gegen Deichbeamte härter beſtraft [98]. Der höhere Frieden kam dann aber auch dem Deiche ſelbſt zu, ſo daß die Zerſtörung von Deichen und ſelbſt die Beſchädigung an denſelben mit ſehr harten Strafen belegt war [99]. Nach der Beſtimmung einiger älteren Deichordnungen ſollte, wer Deiche durchſticht, an den Deich gepfählt werden [100]; jetzt muß, wo nicht noch anwendbare particulare Normen ſich finden, auf die Grundſätze, welche über das Verurſachen einer Ueberſchwemmung aufgeſtellt zu werden pflegen, zurückgegangen werden [101]. Auch der Diebſtahl und die Beſchädigung von Materialien zum Deichbau pflegten vermöge des Deichfriedens wohl ſchwerer, und ſelbſt mit Leibes- und Lebensſtrafen geahndet zu werden [102].

Sielen und Schleußen [103] ſollen dazu dienen, das Waſſer, welches ſich innerhalb des Deiches ſammelt, durch Schnee und Regen oder auch wohl durch Zuſtrömungen aus höheren Gegenden, abzuführen. Mit den Sielen ſtehen Canäle, Gräben und manche andere, zur Abwäſſerung einer Gegend erforderliche Anſtalten in Verbindung [104]. Die Anlage

---

93) Bremiſche D.-O. Cap. 15, §. 2. Elbdeichordnung von 1664, §. 30. Hackmann, c. 16. §. 52—54. Hunrich, Art. 37. Wolters, §. 31. Dammert, Th. 1, S. 41. Runde, §. 122.

94) Bremiſche D.-O. Cap. 15, §. 1. Elbdeichordnung von 1664, §. 29. Hackmann, c. 16. §. 3—20. Puffendorf, obs. Vol. II. obs. 190. Runde, §. 123.

95) S. die 12. der 17 Volksküren im Aſegabuch von Wiarda, S. 18.

96) Im Aſegabuch, 7. Abſchnitt, §. 10, heißt es daher auch: Wenn ein Ruſtringer zu dem Deiche kommt, hat er eben ſo großen Frieden auf dem Deich, als auf dem fehdeloſen Werfe und dem geweiheten Kirchhof.

97) Bremiſche D.-O. Cap. 15, §. 1. Hackmann, c. 16. §. 14—20. Hunrich, Art. 36.

98) Brem. D.-O. Cap. 9, §. 6, Cap. 17, §. 4. Oldenb. D.-O. v. 1681, Art. 57. Wolters, §. 37. Runde, §. 120, Note c.

99) S. Hackmann, c. 18: De poena rumpentis vel violantis aggeres.

100) Magdeburg. D.-O. von 1665, Cap. 5. Hackmann l. c. §. 17. Dreyer a. a. O. S. 37.

101) Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw., §. 530, 531. Henke, Handb. III. S. 629.

102) Hackmann, c. 6. §. 184—192.

103) S. überhaupt Hackmann, c. 14: De adiunctis et pertinentiis aggerum in specie claustris et emissariis. Brem. D.-O. Cap. 17.

104) Runde, §. 119 b.

und Unterhaltung der Siele kann Sache des ganzen Deichbandes ſein, wenn ſie entweder direct oder indirect denſelben Zweck erreichen ſollen, um deſſentwillen die Deich- und Stromwerke angelegt werden, oder wenn ſie die Abwäſſerung des ganzen Deichdiſtrictes gleichmäßig bezwecken[105]). Da gewöhnlich die Siele aber nur zur Entwäſſerung eines Theiles des Deichdiſtrictes, in welchem ſich beſonders der niedrigen Lage wegen das Waſſer zu ſammeln pflegt, dienen und mit dem Deichbau nicht ſelbſt in einer Beziehung ſtehen, ſo müſſen ſie auch von denen, zu deren Nutzen ſie dienen, erhalten werden. Dieſe bilden dann unter ſich ein Sielband oder Sielacht[106]), ſo daß ein Deichband wohl mehrere Sielbände umfaſſen kann. Jeder Landbeſitzer, deſſen Land in einer ſolchen Sielacht liegt und an der Entwäſſerung Theil nimmt, muß derſelben beitreten und zu den Koſten, welche die Unterhaltung der Siele verurſacht, beitragen[107]). Wo nicht durch Vertrag oder Herkommen die Quote beſtimmt iſt, ſind die Beiträge nach Verhältniß der Größe der Ländereien, welche durch die Siele abgewäſſert werden, zu leiſten[108]). Es kommen hier überhaupt im Weſentlichen die Grundſätze des Deichrechtes zur Anwendung[109]), ſowie auch die Siele jetzt unter der beſonderen Aufſicht des Staates ſtehen, und dieſe von den Deichbeamten ausgeübt zu werden pflegt[110]), theils weil die Siele oft mit den Deichen in näherer Verbindung ſtehen, theils weil die erforderlichen techniſchen Kenntniſſe bei Jenen vorausgeſetzt werden dürfen[111]). Wilda.

Delegatio. Die Worte delegare, delegatio[1]) werden in der Kunſtſprache der römiſchen Juriſten in einem weiteren und in einem engeren Sinne gebraucht. Im weiteren verſteht man darunter jeden Auftrag des Schuldners an eine dritte Perſon, welcher dahin lautet, ſeinem Gläubiger oder demjenigen, welchen dieſer ſubſtituiren will, eine beſtimmte Geldſumme zu zahlen oder mit demſelben ein

105) Dammert, Th. 1, S. 64; Th. 2, S. 90.

106) Brem. D.-O. Cap. 17, §. 6. Benzler, Wörterb. u. d. W. Sielacht. Hunrich, Art. 41.

107) Hackmann, c. 14. §. 51—70. Hunrich, Art. 48, 50. Martens, über die Schuldigkeit der Geeſten und Moore, welche entwäſſert und zur Cultur gebracht werden, zu den Schleußen- und Sielkoſten beizutragen. Im hannöv. Magazin, 1791, St. 58. Staatsbürgerl. Magazin Bd. 3, S. 284.

108) Dammert, Th. 1, S. 65.

109) Brem. D.-O. Cap. 17, §. 1. Hunrich, Art. 41, 50. Wolters, §. 68. Runde, §. 114b, 119b.

110) Früher kamen auch beſondere Sielrichter, Sielgeſchworene u. ſ. w. vor. S. Hackmann, §. 72—99.

111) Dammert, Th. 1, S. 65; Th. 2, S. 92.

1) Literatur: Brissonius, de solutionibus et liberationibus lib. II. p. 173—177. Pothier, Pandectae Iustinianeae lib. XLVI. tit. 2. sectio 2. tom. III. p. 261—263. Geſterding, Beitrag zur Lehre von der Delegation; im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 2, S. 227—234. Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandlungen, Bd. 2, Nr. XIII, S. 351 flg. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil, S. 90—92. Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte (3. Ausg.), S. 35, Note 64, u. S. 225 flg. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, §. 15, S. 243—274.

ſolches Obligationsverhältniß einzugehen, aus welchem die Verbindlichkeit entſpringt das, was der Auftraggeber ſchuldet, an deſſen Statt, aber im eigenen Namen zu bezahlen. In dieſer Bedeutung umfaßt der Begriff auch das ſogenannte mandatum de solvendo et accipiendo, d. h. den Auftrag des Schuldners an einen Dritten, dem Gläubiger des Mandanten Zahlung deſſen zu leiſten, was der Mandant an denſelben ſchuldet und an ſeinen Gläubiger, Zahlung an ſeiner Statt vom aſſignirten Dritten anzunehmen [2]). In der engeren Bedeutung, welche in den von der Delegation insbeſondere handelnden Titeln der Juſtinianiſchen Pandekten und des Juſtinianiſchen Codex vorausgeſetzt wird, verſteht man unter dem genannten Begriffe die Ueberweiſung einer Perſon an einen Dritten oder deſſen Subſtituten, damit der Ueberwieſene dem Dritten anſtatt des Ueberweiſenden ſich verpflichte [3]). Wer die Ueberweiſung vornimmt, heißt in der Kunſtſprache der neueren Juriſten delegans (Delegant); wer in Folge derſelben ſich dem Dritten obligiren ſoll, heißt delegatus (Delegat), manchmal auch debitor delegatus; endlich der Dritte, dem ſich der Delegat ſtatt des Deleganten obligirt, delegatarius (Delegatar). Erfordert wird zur Delegation nicht ſowohl, daß der Delegant Schuldner des Delegatars ſei (denn, wenn ſchon gewöhnlich die Delegation zur Befreiung von einer Schuld vorgenommen, und der Delegatar deßhalb in den Geſetzen faſt immer creditor genannt wird, ſo kann dieß doch nicht als zum Weſen der Delegation gehörig angeſehen werden, da man ja delegiren kann, um dem Delegatar eine Liberalität zu erweiſen) [4]); eben ſo wenig gehört es zum Weſen der Delegation, daß der Delegat Schuldner des Deleganten ſei, da man ja auch Nichtſchuldner mit voller Wirkung delegiren [5]) und eine Delegation vom Delegaten auch in der Abſicht angenommen werden kann, um dem Deleganten eine Liberalität zu erweiſen [6]); es liegt außer dem Weſen der Delegation, daß dadurch ſtets eine Novation [7]) entſtehe oder mit an-

2) L. 21. D. de novat. et deleg. (46. 2.) L. 7. C. de novat. et deleg. (8. 42.) L. 2. C. de communium rerum alien. (4. 52.) Vergl. Cujacii, paratitla in tit. Cod. de novationibus et delegationibus, und Meyerfeld, von der Schenkung, Th. 2, S. 242, Note a.

3) So iſt die Legaldefinition zu verſtehen von Ulpianus lib. 27. ad edictum. Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit, in L. 11. pr. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 10. §. 6. D. mandati. (17. 1.) Vergl. Cropp, juriſtiſche Abhandlungen, Bd. 2, S. 351, und Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte, S. 225, Note 427 (ed. 3). — In den gewöhnlichen Handbüchern beſtimmt man den Begriff der Delegation viel zu eng als die Handlung, wodurch der Schuldner einen anderen Schuldner mit deſſen und des Gläubigers Einwilligung an ſeine Stelle ſetzt.

4) L. 2. §. 1. D. de donat. (39. 5.) L. 33. §. 3. D. ibid. L. 7. pr. D. de doli mali exc. (44. 4.) Vergl. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, Th. 1, S. 243—247.

5) L. 13. D. 46. 2. L. 8. §. 4 u. 6. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.) Vgl. Cropp a. a. O. Th. 2, S. 225.

6) L. 33. D. 46. 2. L. 21. pr. D. 39. 5. L. 5. §. 5. D. 44. 4. L. 41. pr. D. de re iud. (42. 1.) L. 33. §. 3. D. 39. 5. Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 278.

7) Anderer Meinung iſt Brissonius, de solutionibus et liberationibus lib. 2. p. 176, welcher in jeder Delegation eine Novation erblickt.

deren Worten, daß durch die neue aus der Delegation entſtehende Verbindlichkeit eine alte Obligation ganz und gar aufgehoben werde; denn, wenn es ſchon in den meiſten Fällen vorgekommen ſein mag, daß eine Novation die Begleiterin von der Delegation war, ſo beſchränkte ſich dieß doch offenbar nur auf die Fälle, in welchen zwiſchen dem Deleganten und dem Delegatar oder dem Deleganten und dem Delegaten ein Obligationsverhältniß beſtand; für die übrigen, wo gar keine Obligation vorlag, z. B. wenn ſchenkungshalber delegirt ward, verſtand es ſich von ſelbſt, daß auch von einer Novation nicht die Rede ſein konnte [8]). Die wahren Erforderniſſe der Delegation ſind folgende: 1) Es müſſen wenigſtens mehr denn zwei Perſonen bei dieſem Geſchäfte betheiligt ſein. Die einfachſte Form der Delegation verlangt nur drei Perſonen, was man aus folgendem Falle am deutlichſten erſehen kann. Titius ſchuldet dem Seius 100 Thlr. und delegirt ihm ſeinen Schuldner, Caius, damit dieſer durch Stipulation dem Seius ſich verbindlich mache, dieſe Summe an denſelben zu bezahlen. Allein in zuſammengeſetzten Delegationen werden manchmal vier, manchmal noch mehr Perſonen nöthig. Denn nicht allein von Seiten des Gläubigers, der durch die Delegation gedeckt werden ſoll, kann ein Subſtitut angenommen werden, welcher anſtatt ſeiner ſich vom Delegaten die fragliche Summe verſprechen läßt [9]), ſondern auch von Seiten des Deleganten kann der Auftrag zur Delegation anſtatt an ſeinen Schuldner, vielmehr an den Schuldner des Letzteren, natürlich unter deſſen Einwilligung gerichtet werden [10]). 2) Es müſſen die betheiligten Perſonen alle zum vorzunehmenden Geſchäfte einwilligen. Für den Delegans ergibt ſich dieſes ſchon daraus, daß die ganze, zwiſchen dem Delegatus und Delegatar vorzunehmende Handlung an die Autoriſation des Deleganten gebunden iſt, und gerade dieſe Autoriſation iſt es, welche in den römiſchen Rechtsquellen bald mit dem Kunſtausdruck iussus, bald mit mandatum bezeichnet wird [11]), wobei es indeß nicht ſowohl auf die Wortformel, als vielmehr auf das Perſonenverhältniß ankommt. Ja auch von einem ratum habere iſt in Bezug auf den Delegans die Rede und dieß hat dann gleiche Wirkung mit dem Mandate [12]). Daß es ferner auch der Einwilligung des Delegatars bedürfe, ergiebt ſich ſchon aus dem Umſtande, daß derſelbe mit dem Delegaten ein neues Geſchäft abſchließt, und wird auch durch ausdrückliche Zeugniſſe erhärtet [13]). Was endlich den Delegatus angeht, ſo kommen wir auch in Rückſicht ſeiner faſt aus den nämlichen Gründen zu dem gleichen Reſultate; denn auch er ſchließt mit dem Delegatar ein Rechtsgeſchäft ab, wozu

---

8) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 245.

9) L. 11. pr. D. 46. 2. L. 10. §. 6. D. 17. 1. L. 5. D. 16. 1. L. 24. pr. D. ibid. L. 18. §. 1. D. de mortis causa donat. (39. 6.) Vergl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 276.

10) L. 2. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)

11) Vgl. die Stellen bei Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 243.

12) L. 22. D. 46. 2. Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 243.

13) L. 4. §. 3. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 6. §. 1. D. quibus modis pignus. (20. 6.) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 250, Note g.

er doch nicht gezwungen werden kann, und außerdem bezeugen eine Reihe von Stellen, daß Niemand gegen ſeinen ausdrücklich erklärten Willen an einen Anderen delegirt werden könne[14]). Auch in den Fällen, wo vier oder mehrere Perſonen bei der Delegation betheiligt ſind, müſſen ſämmtliche Intereſſenten ausdrücklich einwilligen. Fangen wir zunächſt bei dem Falle an, wenn von der Seite des alten Gläubigers, d. h. des eigentlichen Delegatars, eine Subſtitut vorkommt, ſo iſt es aus Stellen der claſſiſchen Juriſten gewiß, daß ein ſolcher Subſtitut nur auf ausdrückliche Erklärung des eigentlichen Delegatars in den Delegationsnexus eintreten könne[15]). Und in Betreff des anderen Falles, wenn der Schuldner des Schuldners des Delegans delegirt wird, ergibt ſich daſſelbe Reſultat aus einer Conſtitution Caracalla's[16]). 3) Der Delegatar und Delegatus müſſen unter einander ein Geſchäft eingehen, wodurch der Letztere dem Erſteren anſtatt des Deleganten ſich verpflichtet, und dieß Geſchäft gerade iſt ſo weſentlich bei der Delegation, daß davon die ganze Bedeutung und rechtliche Wirkſamkeit der Delegation abhängt[17]).

Ihrem Weſen nach beſteht die Delegation, wie ſich bereits aus dem Geſagten hinreichend ergibt, aus einer förmlichen Handlung zwiſchen dem Delegatar und Delegaten, d. h. dem zwiſchen dieſen Perſonen abzuſchließenden Rechtsgeſchäfte, und aus der an keine Form gebundenen Autoriſation dazu von Seiten des Deleganten. Da nun dieſe die einzige dabei vorkommende perſönliche Handlung des Letzteren iſt, ſo hat es gar nichts Auffallendes, wenn in dem vulgären Sprachgebrauch der claſſiſchen Juriſten der Ausdruck delegare nur auf dieſe allein bezogen wird[18]). Daß dieſe Autoriſation in der That an keine Form gebunden ſei, ergibt ſich theils daraus, daß ſie mündlich und ſchriftlich, ja ſogar durch Winke ertheilt werden kann, theils daraus, daß ſie auch dem zwiſchen dem Delegatar und Delegirten abgeſchloſſenen förmlichen Geſchäfte in der Form der Ratihabition nachgebracht werden kann[19]). — Der andere Beſtandtheil der Delegation, d. h. die zwiſchen dem Delegatar und Delegaten vorzunehmende förmliche Handlung ſtellte ſich zur Zeit der claſſiſchen Juriſten in dreifacher Geſtaltung dar, entweder als Stipulation oder als Expenſilation oder als Litisconteſtation. Die Stipulationsform ſcheint am häufigſten vorgekommen zu ſein, daher ſie vorzugsweiſe in den betreffenden Titeln der Juſtinianiſchen Pandekten und des Codex

---

14) L. 1. C. 8. 42. L. 6. C. ibid. Eine Anwendung dieſes Princips enthält L. 82. D. de iure dotium. (23. 3.)

15) L. 11. D. 46. 2: Vel cui iusserit. L. 10. §. 6. D. 17. 1: Deleget mihi vel si cui alii voluero.

16) L. 2. C. 4. 29: Vel ab eo (creditore suo) se vel debitorem suum delegari passa est.

17) L. 1. C. 8. 42. erwähnt nur gerade die Stipulation, als die gewöhnlichſte Form für das genannte Geſchäft. Vergl. Geſterding, Beitrag zu der Lehre von der Delegation, §. 3; im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 229.

18) L. 17. D. 46. 2. Vergl. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 91, Note 6.

19) L. 22. D. 46. 2.

genannt wird[20]; auch kommt ſie bei der Delegation im Gegenſatze der nominis venditio in einer Conſtitution Alexander's ſo vor, als ob ſie die einzige damals vorkommende Delegationsform geweſen wäre[21]), und von dem Standpunkte des Juſtinianiſchen Rechtes aus, wo die litterarum obligatio längſt abgekommen war, läßt ſich nicht mit Unrecht behaupten, daß die an nur Einer Stelle der Juſtinianiſchen Rechtsbücher[22]) vorkommende Delegation durch Litisconteſtation in dieſen Zeiten nur ſelten neben der Stipulationsform ſtattgefunden haben möge. Sonſt hat die hier vorkommende Stipulation nichts vor den anderen Stipulationen voraus. Als Stipulator erſcheint der Delegatar; als Promiſſor der Delegat. — Daß auch die Expenſilation zur Perfection der Delegation angewendet worden iſt, haben wir zuerſt aus den Inſtitutionen des Cajus erfahren[23]). Dieſer Schriftſteller ſetzt die Eigenthümlichkeit der alten litterarum obligatio in die nomina transscripticia, welche mit den von jedem Hausvater zu führenden Hausbüchern über Ausgabe und Einnahme zuſammenhingen. Von dieſen bemerkt nun derſelbe Schriftſteller weiter, daß die transscriptio bald a re in personam, bald a persona in personam geſchehen könne. Jenes ſei der Fall, wenn ich das, was mir Jemand aus einem Kaufe oder aus einer Miethe oder aus einem Geſellſchaftsvertrage ſchuldet, als an ihn verausgabt in den Hausbüchern bemerke[24]). Dieſes hingegen treffe dann zu, wenn mein Schuldner Titius der Bezahlung halber eine dritte Perſon mir delegirt, und ich den Betrag meiner Forderung an Titius als an den Delegirten verausgabt in meine Hausbücher eintrage. Im Juſtinianiſchen Rechte, wo die alten nomina transscripticia nicht mehr vorkommen[25]), iſt natürlich auch die hier erörterte Form der Delegation abgekommen. — Daß auch durch Litisconteſtation eine Delegation perficirt werden könne, ſagt uns nur Ulpian[26]), und weiter iſt davon weder in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern noch in den Fragmenten des vorjuſtinianiſchen Rechtes die Rede. Nach der Erklärung Keller's[27]) beſtand dieſe Delegationsform darin, daß in Folge eines vorausgehenden Auftrages des Gläubigers zwiſchen dem Schuldner als Delegaten und einem Dritten als Delegatar eine Litisconteſtation erfolgte, welche alsdann vermöge ihrer Natur die alte Obligation zwiſchen Gläubiger und Schuldner aufgehoben und die neue obligatio litis contestatae zwiſchen dem Delegatar und Delegaten an deren Stelle geſetzt habe, mit Ausnahme der iudicia, quae imperio

20) L. 11. §. 1. 19. 22. 27. 33. D. ibid. L. 1. 3. 5. 7. C. 8. 42. — Vgl. L. 32. D. de R. C. (12. 1.) L. 19. §. 3. D. de instit. act. (14. 3.) L. 59. pr. D. 23. 3. etc.

21) L. 1. C. 8. 42.

22) L. 11. §. 1. D. 46. 2.

23) Caius inst. III. §. 130: A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

24) Caius inst. III. §. 128. 129.

25) Tit. inst. de litterarum obligationibus. (3. 22.)

26) L. 11. §. 1. D. 46. 2.

27) Ueber Litisconteſtation und Urtheil, S. 90, Note 5 u. 6.

continentur, da bei dieſen die Novation gefehlt habe. Dann ſei der Delegatar der cognitor in rem suam des Deleganten geworden, und die Formula habe nach Anleitung von Cajus[28]) ſo lauten müſſen: si paret Maevium Seio centum dare oportere, Maevium Titio centum condemno. Derſelbe Zweck habe indeß auch dadurch erreicht werden können, daß der Delegatar den Deleganten von Anfang an belangt, dieſer aber den Delegaten zum cognitor beſtellt habe. Auch Mühlenbruch[29]) iſt der Meinung, daß durch jede Litisconteſtation mit einem Anderen als dem urſprünglichen Gläubiger oder Schuldner das Obligationsverhältniß zwiſchen dieſem und dem Gegner im Proзeſſe aufgehört habe, wenigſtens in allen Fällen, wobei jener nicht blos als bevollmächtigter Geſchäftsführer handelte[30]), doch behauptet er zugleich, daß hierauf der Unterſchied zwiſchen legitima iudicia und quae imperio continentur praktiſch ohne allen Einfluß geweſen ſei. Im Juſtinianiſchen Rechte, wo aller und jeder Unterſchied zwiſchen den angeführten iudicia verſchwunden iſt, ſcheint es, daß dieſe Delegationsform durch die Beſtellung des Delegatars zum procurator in rem suam des Deleganten oder durch die Beſtellung des Delegaten zum Defenſor des Deleganten verwirklicht worden ſei[31]).

Fragt man nach dem geſchichtlichen Urſprunge der Delegation, ſo ſcheint es, als ob ſie zunächſt als Tilgungsmittel von Obligationen, welche zwiſchen dem Delegatar und Deleganten beſtehen, in Anwendung gekommen. Darauf deutet nicht allein die Verbindung der Lehre mit den Novationen in den Juſtinianiſchen Pandekten[32]) und im Juſtinianiſchen Coder[33]), ſondern auch die faſt überall im Sprachgebrauch der claſſiſchen Juriſten wiederkehrende Bezeichnung des Delegatars durch creditor[34]). Nächſtdem ſcheint es aufgekommen zu ſein, außenſtehende Forderungen, die man doch nicht durch Tradition an Andere übertragen konnte[35]), auf dem Wege der Delegation Anderen zu überlaſſen[36]). Beiſpiele dieſer Art kommen nicht allein bei Schenkungen[37]), ſondern auch bei der Beſtellung eines Heurathsgutes[38]) u. ſ. w. vor. Eine ſpätere Anwendung der De=

---

28) Inst. comm. IV. §. 86.

29) A. a. O. S. 36, Note 64.

30) L. 3. C. 8. 42. L. 10. §. 1. D. de in rem verso. (15. 3.) L. 74. §. 2. D. de iudiciis et ubi. (5. 1.) L. 2. §. 5. D. ad SC. Vellei. (16. 1.) L. 23. D. de solutionibus. (46. 3.)

31) Vergl. L. 29. D. 46. 2. mit den in der vorigen Note angezogenen Stellen.

32) Tit. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.)

33) Tit. C. de novationibus et delegationibus. (8. 42.)

34) L. 11. pr. D. 46. 2. L. 12. L. 13. L. 19. L. 33. D. ibid. L. 3. u. 6. C. 8. 42. L. 5. §. 5. D. de doli mali et metus exc. (44. 4.) L. 21. D. de donationibus. (39. 5.)

35) Caius inst. II. §. 28.

36) Caius inst. II. 38. 39. Fr. Vat. 260.

37) Fr. Vat. §. 263. L. 39. D. de donat. inter V. et U. (24. 1.) L. 11. C. de donationibus. (8. 54.)

38) L. 2. C. de obligat. et actionibus. (4. 10.) Vgl. Haſſe, das Güterrecht der Ehegatten nach römiſchem Rechte, §. 255.

legation ſcheint es geweſen zu ſein, wenn man ſie benutzte, um Darlehnsobligationen einzugehen. Es geſchah dieß in folgender Weiſe. Der künftige Gläubiger ließ, anſtatt ſelbſt den Betrag des Darlehns an den künftigen Schuldner zu zahlen, den Letzteren mit einem ſeiner (des Gläubigers) Schuldner eine Stipulation über den Betrag des Darlehns eingehen, und dieß war zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten eine ſehr gewöhnliche Art ein Darlehn abzuſchließen[39]). Daß man endlich dem Delegaten[40]) erlaubte, durch die Delegation eine Schenkung an den Deleganten zu machen, und dem Deleganten zugeſtand, unter gleicher Form dem Delegatar zu ſchenken[41]), das ſind wohl erſt ſpätere Anwendungen der Delegation.

Was die Wirkungen der Delegation anbelangt, ſo werden ſich dieſelben am beſten theils in Beziehung auf den Deleganten und ſein Verhältniß zum Delegaten oder Delegatar, theils in Bezug auf das zwiſchen dem Delegaten und Delegatar neu entſtehende Obligationsverhältniß detailiren laſſen. Was nun zunächſt den Deleganten anbetrifft, ſo äußert die Delegation in der Regel nur dann Wirkung auf ihn, wenn ſie deßhalb geſchieht, um ein zwiſchen ihm und dem Delegatar oder Delegaten beſtehendes Obligationsverhältniß aufzulöſen. In dieſem Falle wird die alte Obligation zweifelsohne durch die neue, welche zwiſchen dem Delegaten und dem Delegatar entſteht, ganz aufgelöſt, ſofern nur die übrigen Erforderniſſe der Novation zutreffen[42]). Denn die Delegation vertritt nach einer in den römiſchen Rechtsquellen allgemein verbreiteten Anſicht die Stelle der Zahlung[43]) nicht allein in Bezug auf die zwiſchen dem Delegatar und Deleganten beſtehende Obligation, ſondern auch in Bezug auf diejenige, welche zwiſchen dem Delegaten und Deleganten beſteht, und wirkt in Betreff derſelben die Liberation ſelbſt dann, wenn der delegirte Schuldner nicht zahlungsfähig iſt[44]). Ob aber zu dieſer Aufhebung der alten Verbindlichkeit nach Juſtinianiſchem Rechte erforderlich ſei, daß der animus novandi ausdrücklich erklärt werde, iſt ſtreitig. Denn wenn ſchon die älteren Rechtslehrer[45]) die Nothwendigkeit dieſer Erklärung deßhalb in Abrede ſtellen, weil, wenn der Schuldner eines Anderen dem Gläubiger ſubſtituirt, der animus novandi nicht zweifelhaft ſein könne, ſo ſpricht doch gegen dieſe Anſicht Juſtinian's eigene Conſtitu-

---

39) L. 9. §. 8. D. de R. C. (12. 1.) L. 32. D. ibid.

40) L. 33. D. 46. 2. L. 21. pr. D. 39. 5. etc.

41) L. 2. §. 1. D. 39. 5. L. 33. §. 3. D. ibid. etc.

42) L. 8. §. 3. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.) L. 187. D. de V. S. (50. 16.) L. 18. D. de fideiuss. et mandat. (46. 1.) L. 26. §. 2. D. mandati. (17. 1.) L. 31. §. 1. D. 46. 2.

43) L. 8. §. 3. D. 16. 1. L. 8. §. 5. D. ibid. L. 18. D. 46. 1. L. 37. §. 4. D. de operis libertorum. (38. 1.) L. 31. §. 1. D. 46. 2.

44) L. 31. §. 1. D. 46. 2. L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 3. C. 8. 42. Vgl. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, Th. 1, S. 248.

45) Fachineus, controvers. lib. 2. cap. 54. Perez, ad tit. Cod. de novationibus nr. 12. Vinnius, ad §. 3. J. quibus modis oblig. toll. nr. 7. Huberus prael. in J. p. 352.

tion[46]), in welcher verordnet wird, daß der Wille, eine Novation vorzunehmen, immer ausdrücklich erklärt ſein müſſe, wenn nicht die vorige Verbindlichkeit fortdauern und die neuere als Anhang hinzutreten ſolle. Deſſen nicht zu gedenken, daß man an einer Inſtitutionenſtelle, welche dieſen Satz in Bezug auf die Conſtitution wiederholt, und gleich vorher die Novation und Delegation kurz erläutert, doch füglich eine Bemerkung darüber erwarten müßte, daß dieſer Satz auf die Delegationen nicht anwendbar ſei, wenn es wirklich die Abſicht des Kaiſers geweſen wäre, ihn auf die einfachen Novationen zu beſchränken. Liegt keine Obligation zwiſchen dem Deleganten und dem Delegaten vor, ſo kann natürlich von einer Novation nicht weiter die Rede ſein, aber weil in Folge der Delegation der Delegatar etwas ausgibt, was er ſonſt nicht auszugeben brauchte, ſo kann der Letztere gegen den Deleganten mit der Condiction ſeinen Regreß nehmen, ſofern er nur nicht Schenkungs halber expromittirt hat[47]). Als Schenker wird aber nicht allein derjenige angeſehen, welcher ſeine Abſicht mit klaren, unzweideutigen Worten erklärt, ſondern auch der, welcher dem Deleganten in der That ſchuldete und gegen deſſen Klage die **doli mali exceptio** hätte brauchen können, falls er wiſſentlich expromittirt[48]). — Was aber ferner die Verhältniſſe angeht, welche zwiſchen dem Delegatar und dem Delegaten aus der Delegation entſtehen, ſo ſteht nicht zu bezweifeln, daß zwiſchen den genannten Perſonen eine ganz neue Obligation begründet wird[49]), gleichviel auf welche Weiſe die Delegation herbeigeführt wird, ob auf dem Wege der Stipulation, der Expenſilation oder der Litisconteſtation; denn ſelbſt im letzten Falle, wo der alte Rechtsſtoff materiell unverändert blieb, — es war ja immer die Forderung des Mandanten, welche hier geltend gemacht wurde, nur von einem anderen Subjecte und mit neu hinzutretenden Wirkungen und Eigenſchaften[50]), — entſtand doch wenigſtens formell eine neue Obligation, die **obligatio litis contestatae**, an der Stelle des in ius deducirten Klagerechtes. Dieſe neue Obligation, welche durch die Delegation begründet wird, iſt völlig ſelbſtſtändig, und von der alten novirten Verbindlichkeit ganz und gar unabhängig. Dieß ergibt ſich nicht allein daraus, daß ſie gerade durch ihr Entſtehen die ältere Obligation aufhebt, und wenn ſie von einer Suspenſivbedingung abhängig gemacht worden iſt, die erſte wenigſtens für ſo lange unwirkſam macht, als noch Hoffnung da iſt, daß die Suspenſivbedingung in Erfüllung gehen könne[51]). Eine Folge dieſer bei den römiſchen Juriſten vorherrſchenden Anſicht iſt es, daß, wenn wir Jemand, der uns nichts ſchuldet, gleich als wäre er unſer Schuldner, einem Anderen delegiren, und dieſer hierauf dem Delegatar ſich verbindlich macht, der Delegatar an ſeinen

46) **L. 8. C. 8. 42.** Vgl. Geſterding, Beitrag zur Lehre von der Delegation, §. 6, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 232.
47) **L. 12. u. 13. D. 46. 2. L. 9. §. 1. D. de cond. causa data, c. n. s. (12. 4) L. 78. §. 5. D. de iure dotium. (23. 3.)**
48) **L. 4. §. 20. D. de doli mali et metus except. (44. 4.)**
49) **L. 3. C. 8. 42.**
50) **L. 29. D. 46. 2.**
51) **L. 36. D. de R. C. (12. 1.)**

Gläubiger eben ſo Zahlung leiſten muß, als ob er dem Deleganten die gleiche Summe geſchuldet hätte[52]), und dieß findet ſelbſt dann ſtatt, wenn der Delegant den Delegaten durch Betrug und falſche Vorſpiegelungen zur Uebernahme dieſer Verpflichtung gegen den Delegatar vermocht hat[53]). Nur dann, wenn der Delegant die Delegationsform benutzt hat, um dem Delegatar ein Geſchenk zu machen, und der Nichtſchuldner des Deleganten ſich dem Delegatar verbindlich gemacht hat, wird dem Delegaten ausnahmsweiſe geſtattet, ſich entweder gegen die Klage des Delegatars mit der exceptio doli mali zu ſchützen, oder aber ſelbſtſtändig gegen den Delegatar die incerti condictio anzuſtellen, damit er das ihm zuſtändige Forderungsrecht quittire[54]), und das Gleiche iſt auch für den Fall anzunehmen, wenn der Delegans glaubte, er ſei dem Delegatar etwas ſchuldig, und zur Tilgung der vermeintlichen Schuld die Delegation vorgenommen hat[55]). Auch läßt es ſich nur aus dem oben angegebenen Geſichtspunkte erklären, wenn in den römiſchen Rechtsquellen ganz allgemein die Regel ausgeſprochen wird, daß alle Einreden, welche der Delegat dem Deleganten, wenn dieſer ihn verklagt, hätte entgegenſtellen können, vom Erſteren gegen den Delegatar nicht gebraucht werden können[56]). Und als Grund dieſes Rechtsſatzes wird in den römiſchen Rechtsquellen der Umſtand bezeichnet, daß der Delegatar, als Kläger ja nicht leicht wiſſen könne, was zwiſchen dem Deleganten und Delegaten vorgegangen ſei, und, ſelbſt wenn er dieß wüßte, doch ſich ſo ſtellen müſſe, als wüßte er nichts, um nicht indiscret zu erſcheinen[57]). Endlich ergibt auch die Selbſtſtändigkeit der neuen, aus der Delegation entſpringenden Obligation, daß dieſe ganz und gar auf die Gefahr des Delegatars ſteht, und daß derſelbe, falls der Schuldner zahlungsunfähig wird, nicht befugt iſt, vom Deleganten den Erſatz des Fehlenden zu verlangen, ſelbſt dann nicht, wenn durch die Delegation ein zwiſchen dem Delegatar und Delegaten beſtehendes Schuldverhältniß aufgehoben worden iſt[58]). Denn der Delegatar, welcher den Delegaten annimmt, wird ſo behandelt, als habe er ſich mit der Perſönlichkeit des Delegaten in Betreff der Obligation begnügen wollen (is, cui debitor delegatur, nomen eius sequi videtur)[59]), und mithin den Delegaten als alleinigen Schuldner anerkannt[60]). Eine Ausnahme

52) L. 12. u. 13. D. 46. 2. L. 9. §. 1. D. 12. 4. L. 46. §. 2. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 19. D. 46. 2. L. 33. D. ibid. L. 21. D. de donationibus. (39. 5.) L. 5. §. 5. D. 44. 4. L. 4. §. 20. D. ibid.

53) L. 4. §. 20 u. 21. D. 44. 4.

54) L. 7. pr. D. 44. 4. L. 2. §. 4. D. de donationibus. (39. 5.)

55) L. 7. §. 1. D. 44. 4.

56) Vgl. die in Note 52 angezogenen Stellen.

57) L. 19. D. 46. 2.

58) L. 3. C. 8. 42. L. 26. §. 2. D. mandati. (17. 1.) L. 68. §. 1. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 96. §. 2. D. 46. 3. L. 77. §. 18. D. de legatis II. (31.) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 249, Note f.

59) L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 45. §. 7. D. ibid. L. 68. D. 21. 2.

60) L. 26. §. 2. D. 17. 1. L. 68. §. 1. D. 21. 2., vergl. mit L. 45. §. 7. D. 17. 1. L. 41. §. 3. D. 23. 3. L. 1. §. 10. D. de separationib. (42. 6.) L. 10. §. 10. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) Vergl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 250, Note g.

von dieſer Regel kann durch beſondere Verabredung der Parteien feſtgeſetzt werden, was die römiſchen Rechtsquellen mit den Kunſtausdrücken periculo debitoris ab aliquo stipulari, oder periculo suo debitorem suum delegare [61]) bezeichnen, und dann hat der Delegatar das Recht, ſeinen Regreß an den Deleganten mit der actio mandati contraria zu nehmen, wenn er den Delegaten vergeblich ausgeklagt hat [62]). Aus dem Geſagten ergibt ſich zugleich ſoviel als gewiß, daß diejenigen nicht Recht haben können, welche die zuletzt genannte Wirkung der Delegation nur auf die Fälle beſchränken, wo ſie von Seiten des Deleganten geſchieht, um eine Schuld gegen den Delegatar abzuzahlen. Denn wenn ſchon einige Stellen dieſe Wirkung gerade nur in Bezug auf den zuletzt genannten Fall erwähnen, ſo ſprechen doch andere, welche über das periculum nominis entſcheiden, die fragliche Regel ohne alle Beſchränkung aus; deſſen nicht zu gedenken, daß dieſelbe nach dem Geſagten auch ſchon in der Natur der durch die Delegation neu begründeten Obligationsverhältniſſe enthalten ſcheint. Helmbach.

Depoſitenweſen oder **Depoſitalweſen** nennt man die Art und Weiſe, in welcher die der gerichtlichen Aufbewahrung übergebenen Gegenſtände von dem Gerichte aufbewahrt und verwaltet werden [1]). Den Inbegriff der darauf ſich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten des Gerichtes kann man durch den Ausdruck Depoſitenamt bezeichnen [2]). Dem römiſchen Rechte iſt zwar die Einrichtung bekannt, daß ein Schuldner, um ſich von der Verbindlichkeit zu befreien, die ſchuldige Geldſumme, welche der Gläubiger nicht annehmen will, entweder im Tempel oder an einem anderen ſicheren Orte, welchen der Richter anweiſt, deponiren kann [3]), aber die Depoſition im Gerichte ſelbſt, durch welche die moraliſche Perſon des Gerichtes zum Depoſitar wird, iſt ein eigenthümliches Inſtitut des germaniſchen Rechtes, welches durch die verſchiedenen Depoſitenordnungen der einzelnen Staaten regulirt zu ſein pflegt [4]). Das Depoſitenamt an und für ſich gehört ſeinem Begriffe nach zu der freiwilligen Gerichtsbarkeit, obgleich es vorkommen kann, daß die Anordnung einer gerichtlichen Depoſition von dem Richter bei Ausübung der ſtreitigen Gerichtsbarkeit verfügt worden iſt. Die gerichtliche Depoſition kann von dem Richter

61) L. 45. §. 7. D. 17. 1. L. 22. §. 2. D. ibid. L. 6. D. 23. 5. §. 2. J. de mandato. (3. 27.)

62) L. 22. §. 2. D. 17. 1.

1) Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2. Ausg., 1832), Bd. 2, S. 344 flg.

2) Puchta, der Dienſt der teutſchen Juſtizämter (1830), Th. 2, S. 592 flg.

3) L. 7. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.) L. 39. D. de solutionib. (46. 3.) L. 19. C. de usuris. (4. 32.) L. 9. C. de solutionib. (8. 43.)

4) Z. B. allgemeine Depoſitalordnung für die Ober- und Untergerichte der ſämmtlichen königlich preußiſchen Lande, vom 15. September 1783. Großherzoglich ſachſen-weimariſches Geſetz über die ſichere Verwahrung und Ausleihung der gerichtlichen Depoſiten, vom 14. Mai 1821. Ueber die königlich ſächſiſchen Geſetze vergl. Haubold, Lehrbuch des königl. ſächſ. Privatrechtes, §. 293.

ſowohl von Amtswegen, als auch auf Antrag der Intereſſenten angeordnet werden; in jedem Falle aber muß ein genügender rechtlicher Grund dazu vorhanden ſein. Denn theils kann ohne beſonderen Rechtsgrund Niemand zugemuthet werden, die Aufbewahrung und Verwaltung ihm gehöriger Gegenſtände dem Gerichte zu überlaſſen, theils kann das Gericht nicht willkürlich mit einer Obliegenheit beſchwert werden, welche eigentlich den Einzelnen, zu deren Vermögen dieſe Sachen gehören, ſelbſt zukommt. Die Fälle, in welchen Sachen zum gerichtlichen Depoſitum genommen werden können oder ſollen, ſind ſehr mannigfaltig und in den verſchiedenen Particularrechten verſchieden beſtimmt. Abgeſehen von der gerichtlichen Depoſition, durch welche der Schuldner Zahlung leiſtet, wenn der Gläubiger die ſchuldige Summe nicht annehmen will[5]), geſchieht es vorzüglich zur Sicherſtellung der dabei intereſſirten Perſonen, daß gewiſſe Sachen entweder auf ihren Antrag oder von Amtswegen zum gerichtlichen Depoſitum genommen werden. Namentlich iſt häufig vorgeſchrieben, daß Mündelgelder oder zu einer Concursmaſſe gehörige Gelder gerichtlich deponirt werden ſollen. Auch kann wegen ſtreitigen Beſitzes oder wegen Sicherſtellung für zukünftig entſtehende Anſprüche die gerichtliche Depoſition einer Sache verfügt werden[6]). Oftmals bringt es auch die Verwaltung des Hypothekenbuches mit ſich, daß Gelder in das gerichtliche Depoſitum bezahlt werden, z. B. wenn der Käufer die Kaufgelder für das erkaufte Gut erlegt, damit die darauf haftenden Realſchulden vor Gericht getilgt werden und aus irgend einem Grunde, z. B. wegen mangelhafter Legitimation, noch ein Hinderniß entgegenſteht, das Geld dem Gläubiger ſofort auszuantworten, oder wenn ein hypothekariſches Darlehn vor Gericht ausgezahlt wird, um damit eine ältere Hypothekſchuld abzutragen und deren Stelle einzunehmen, und der frühere Gläubiger das Geld nicht ſogleich in Empfang nehmen kann[7]). Gegenſtand des gerichtlichen Depoſitums können nur ſolche Sachen ſein, welche ſich ihrer Natur nach zum ſicheren gerichtlichen Verſchluſſe eignen. Hauptſächlich iſt das mit Geldern, Pretioſen und Documenten der Fall. In Anſehung anderer Effecten hängt es davon ab, ob ſie unbeſchadet ihrer Güte unter Verſchluß genommen werden können, wie ſich z. B. von ſelbſt verſteht, daß lebendige Thiere oder ſolche Gegenſtände, die mit der Zeit in Gährung und Fäulniß übergehen, nicht deponirt werden können, und ob ſie nicht größeren Raum einnehmen, als das dazu beſtimmte Local (Depoſitorium), bietet, wie z. B. Vorräthe von Holz oder Getreide ebenfalls kein Gegenſtand des Depoſitums ſein können. Wenn in Anſehung ſolcher Gegenſtände, die nicht deponirt werden können, ein Grund der Depoſition eintritt, ſo muß das Gericht in anderer Weiſe für die Sicherheit der Betheiligten ſorgen, indem es jene Gegenſtände entweder an den Meiſtbietenden verkauft, oder unter Sequeſter ſtellt, oder ſonſt nach Maßgabe der Um-

5) Vergl. über dieſe Depoſition den folg. Art.

6) Z. B. oft muß ſich der Kläger im Prozeſſe die Depoſition des iudicatum gefallen laſſen, um den verurtheilten Beklagten wegen ſeiner ad separatum verwieſenen Einreden ſicher zu ſtellen.

7) Puchta, der Dienſt der teutſchen Juſtizämter, S. 594.

ſtände ſicher zu verwahren ſucht [8]). Im Allgemeinen ſteht das gerichtliche Depoſitum unter den Grundſätzen des römiſch-rechtlichen Depoſitums, ſo weit nicht durch den Umſtand, daß der Depoſitar eine öffentliche Behörde iſt, zu deren Amtspflicht die ordnungsmäßige Aufbewahrung der deponirten Sachen gehört, nothwendige Modificationen eintreten. Das Gericht hat daher vor Allem die Pflicht, die Sachen ordentlich aufzubewahren und dem Deponenten ſeiner Zeit zurückzugeben. In Anſehung der Art der Aufbewahrung darf ſich aber das Gericht nicht auf die Sorgfalt beſchränken, welche dem Depoſitar bei dem gewöhnlichen, rein privatrechtlichen Depoſitum obliegt [9]). Zur möglichſt ſicheren Aufbewahrung ſind vielmehr beſondere Locale, Depoſitorien, eingerichtet, welche gegen äußere Gewalt und Gefahr gehörig befeſtigt ſind, und in welchen allein die deponirten Sachen verwahrt werden dürfen. Um auf der anderen Seite die Deponenten gegen die Gefahr ſicher zu ſtellen, die aus der etwaigen Untreue Derer entſtehen könnte, welchen die Depoſiten übergeben werden, ſtehen die Depoſitorien unter mehrfachem Verſchluſſe, in der Weiſe, daß dieſelben nicht anders als nach Eröffnung mehrerer von einander verſchiedener Schlöſſer, deren Schlüſſel verſchiedenen Perſonen anvertraut werden, eröffnet werden können. Durch dieſe Einrichtung wird die Wahrſcheinlichkeit von Veruntreuungen bedeutend vermindert, indem darnach nicht anders, als in Gegenwart ſämmtlicher Schlüſſelinhaber, welche Depoſitarien genannt werden und deren Anzahl gewöhnlich auf drei feſtgeſetzt iſt, etwas in das Depoſitorium hineingethan oder aus demſelben herausgenommen werden kann. Eine Veruntreuung wird zwar dadurch nicht geradezu unmöglich gemacht, kann aber doch nur unter der Vorausſetzung vorkommen, daß entweder ſämmtliche Depoſitarien im Complotte ſind, oder daß wenigſtens die übrigen Depoſitarien inſofern pflichtvergeſſen handeln, als ſie ihre Schlüſſel in die Hände des Veruntreuenden gelangen laſſen. Denn es iſt bei dieſer Einrichtung die unbedingte Pflicht jedes einzelnen Depoſitars, ſeinen Schlüſſel Niemand, und vorzüglich keinem der übrigen Depoſitare anzuvertrauen, auch wenn er noch ſo viel Grund haben ſollte, denſelben perſönliches Zutrauen zu ſchenken [10]). Auch iſt es, damit die Einrichtung des mehrfachen Verſchluſſes ihren Zweck nicht verfehle, erforderlich, daß kein Depoſitar für ſich allein, ohne Zuziehung der beiden anderen Depoſitarien, Geld als gerichtliches Depoſitum anzunehmen im Stande iſt. Darum beſteht häufig die Vorſchrift, daß Einlagen in das gerichtliche Depoſitum nicht anders, als gegen eine von ſämmtlichen Depoſitarien ausgeſtellte Quittung geſchehen dürfen, und daß nur diejenigen Depoſiten, welche durch eine ſolche Quittung, die Depoſitenſchein genannt zu werden pflegt, belegt werden können, von dem Gerichte anerkannt und gewährt werden. Eine fernere Controle müſſen die gehörig geführten De-

8) Puchta a. a. O. S. 599.

9) Puchta a. a. O. S. 600–604.

10) Wenn einer der Depoſitarien verhindert ſein ſollte, der Eröffnung des Depoſitorium beizuwohnen, ſo muß, wenn die Sache keinen Aufſchub leidet, eine ordentliche Subſtitution durch ein anderes Gerichtsmitglied oder durch eine Subalternperſon eintreten. Puchta a. a. O. S. 602.

poſitenbücher, in welche alle eingegangenen ſowohl als wieder zurückgegebenen Depoſiten eingetragen werden müſſen, ſowie die theils zu beſtimmten Zeiten, theils aber auch unerwartet von den vorgeſetzten Behörden vorzunehmenden Caſſenviſitationen gewähren. Daß der Deponent das gerichtliche Depoſitum nicht, wie das rein privatrechtliche, zu jeder Zeit von dem Depoſitar zurückfordern könne, liegt in der Natur des ganzen Inſtitutes, da die gerichtliche Depoſition oftmals von Amtswegen vorgenommen werden muß, und alſo nicht eher wieder aufgehoben werden kann, als bis der Grund hinweggefallen iſt, aus welchem ſie angeordnet wurde. Dagegen verſteht ſich von ſelbſt, daß das Gericht alsdann ebenfalls von Amtswegen zur Zurückgabe der deponirten Sachen verpflichtet iſt, und nicht erſt einen etwaigen Antrag der Betheiligten abwarten darf. Oftmals kommt es vor, daß die zum Rückempfange berechtigten Perſonen unbekannt ſind, in welchem Falle Edictalladungen von dem Gerichte erlaſſen werden müſſen.

Die Obliegenheit des Gerichtes in Beziehung auf die bei ihm deponirten Sachen pflegt aber in vielen Fällen nicht auf die ordnungsmäßige Aufbewahrung und gehörige Wiederablieferung beſchränkt zu ſein, ſondern ſich auch auf eine vortheilhafte Verwaltung derſelben zu erſtrecken. In Anſehung von Pretioſen und Effecten kann zwar von nutzenbringender Verwaltung keine Rede ſein, indem dieſelben in natura, und ebenſo wie ſie in das Depoſitum gebracht worden, zurückgegeben werden müſſen; allein das deponirte baare curſirende Geld läßt ſich, wenn ſichere Gelegenheit dazu vorhanden iſt, verzinslich ausleihen, ohne daß der Zweck der gerichtlichen Depoſition dadurch vereitelt wird. Hinſichtlich derjenigen Gelder, welche nach geſetzlicher Vorſchrift deponirt werden müſſen, erfordert es die Gerechtigkeit, daß von Amtswegen für die verzinsliche Ausleihung geſorgt werde, damit die Eigenthümer nicht durch das Geſetz ſelbſt in Schaden gerathen, und auch bei den anderen Geldern, welche nur auf Antrag der Intereſſenten deponirt worden ſind, iſt es ein Vortheil für den Einzelnen ſowohl, als für das allgemeine Beſte, daß ſie dem Verkehre nicht gänzlich entzogen werden. Daher iſt es wohl überall, wo Mündelgelder gerichtlich deponirt werden müſſen, als Grundſatz angenommen, daß dieſelben wieder verzinslich ausgeliehen werden müſſen, und ebenſo iſt auch für andere deponirte Gelder häufig die Einrichtung getroffen, daß dieſelben verzinslich untergebracht werden können[11]). Es kommt nur darauf an, daß die Gel-

---

11) In dem preußiſchen Depoſitalweſen, welches überhaupt muſterhaft iſt, ſind die Pupillendepoſiten, deposita pupillaria, von den übrigen Depoſiten, deposita iudicialia, durchaus getrennt, und werden für beide beſondere Caſſen gehalten und beſondere Bücher und Rechnungen geführt. Beide Arten von Depoſiten werden in der Weiſe verwaltet, daß für jeden Intereſſenten zuvörderſt ein Specialdepoſitum, eine beſondere Maſſe gebildet wird, welche aus dem beſteht, was ſich von ihm in dem Depoſitum befindet. Inſofern eine Maſſe aus Documenten, Pretioſen oder anderen Effecten beſteht, wird ſie beſonders aufbewahrt, damit keine Irrung entſtehe, in welche Maſſe dieſes oder jenes Stück gehöre. Das baare Geld dagegen, welches zu einer Maſſe gehört, wird zwar in den Büchern ebenfalls als zu derſelben gehörig berechnet, in natura aber mit dem baaren Gelde aus anderen Maſſen zuſammengeworfen, und ein Generaldepoſitum daraus gebildet, aus welchem die Darlehne gegeben werden. Die Documente über

der mit der gehörigen Sicherheit untergebracht werden, in welcher Beziehung meiſtens verordnet iſt, daß ſie nur in inländiſchen, unter öffentlicher Auctorität ſtehenden Banken oder in inländiſchen Staatspapieren angelegt, oder an Privatperſonen nicht anders, als gegen vollkommen ſichere Pfänder oder Hypotheken ausgeliehen werden ſollen. Die verwaltende Thätigkeit des Depoſitenamtes beſteht dabei vorzüglich theils in der Ausmittelung guter Gelegenheiten, das Geld ſicher unterzubringen, theils in der regelmäßigen Einziehung der Zinſen, theils endlich in einer gewiſſen Beobachtung der Umſtände des Schuldners, inſofern aus einer Verſchlimmerung derſelben Gefahr für die ausgeliehenen Gelder entſtehen könnte. Es kommt auch vor, daß Staatspapiere oder andere Documente über ausſtehende Activa gerichtlich deponirt werden. Und auch in dieſem Falle muß das Depoſitenamt für zeitige Einziehung der Zinſen Sorge tragen und auch in der angegebenen Beziehung die Umſtände des Schuldners unter einer gewiſſen Controle halten.

Inwiefern von Seiten des Gerichtes für die deponirten Sachen gehaftet werden müſſe, und wer den Erſatz zu leiſten habe, wenn von denſelben etwas abhanden gekommen, hängt davon ab, ob dabei Jemandem und wem eine Uebertretung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten zur Laſt gelegt werden könne. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß alle Diejenigen ſolidariſch verpflichtet ſein müſſen, den Schaden zu erſetzen, welche durch die Vernachläſſigung ihrer Amtspflicht daran Schuld geweſen, daß derſelbe eingetreten war [12]). Iſt der Schaden entſtanden wegen mangelhafter Beſchaffenheit der Depoſitalbehältniſſe, weil dieſelben gegen Feuersgefahr und äußere Gewalt nicht hinlänglich verwahrt waren, ſo muß der Gerichtsherr dafür haften, da dieſem im Allgemeinen die Verbindlichkeit obliegt, für die gehörigen Localitäten zu ſorgen. Daneben aber haben die Depoſitarien die Verpflichtung, auch von ihrer Seite für die gehörige Beſchaffenheit der Depoſitalbehältniſſe inſofern Sorge zu tragen, als ſie den Gerichtsherrn auf die nöthig werdenden Reparaturen aufmerkſam machen müſſen. Daher muß die Verantwortlichkeit ſie, und nicht den Gerichtsherrn treffen, wenn der eingetretene Schaden der Vernachläſſigung dieſer Verpflichtung zugeſchrieben werden kann. Wenn ausgeliehene Gelder verloren gehen, ſo müſſen Diejenigen den Schaden erſetzen, welche nicht in der ſchuldigen Weiſe für die Sicherheit geſorgt hatten. Das kann theils die Depoſitarien treffen, wenn ſie ausgeliehen hatten, ohne ſich Hypothek beſtellen zu laſſen, welche ſie nach Lage der Sache für genügend halten konnten, theils die Taxatoren, wenn ſie durch unrichtige Taxen die Depoſitarien zum Ausleihen veranlaßt hatten. Wenn der Schaden durch Veruntreuung eines der Depoſitarien verurſacht war, ſo können auch die übrigen Depoſitarien dafür verantwortlich gemacht werden, wenn ſie dem-

---

die Darlehne, welche aus den auf dieſe Weiſe zuſammengeworfenen Geldern gegeben werden, werden nicht auf den Namen der einzelnen Maſſen, welche dazu beitragen, geſtellt, ſondern auf den Namen der Verwaltung des Depoſitums, indem einer jeden Maſſe ihr Antheil davon bloß in den Rechnungen zugeſchrieben wird.

12) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Th. 2, §. 491.

ſelben durch Vernachläſſigung ihrer Pflichten die Veruntreuung möglich gemacht hatten. Auch können die den Depoſitarien vorgeſetzten Behörden der Verantwortung unterliegen, wenn ihnen eine Vernachläſſigung ihrer Pflicht in Anſehung ihrer Aufſicht über die Depoſiten zur Laſt gelegt werden kann. Nur wenn Niemandem von Denjenigen, welchen in Beziehung auf das Depoſitenweſen beſtimmte Pflichten obliegen, eine Verletzung derſelben nachgewieſen werden kann, welche mit dem eingetretenen Schaden in Zuſammenhange ſteht, muß denſelben nach bekannten Grundſätzen der Eigenthümer der deponirten Gegenſtände als ein Unglück tragen.

Da die gerichtliche Depoſition zum Vortheile Derer geſchieht, für welche ſie vorgenommen wird, ſo müſſen dieſe auch eine gewiſſe Depoſitalgebühr dafür entrichten. Die Größe derſelben richtet ſich nach dem Werthe der deponirten Gegenſtände, und beträgt bei baarem Gelde ein halbes oder auch ein ganzes Procent, welches bei der Zurückzahlung ſogleich in Abzug gebracht zu werden pflegt. Eine Ausnahme ſollte, wie auch nach manchen Depoſitenordnungen geſchieht, in Anſehung der Mündelgelder gemacht werden, indem, wo dieſelben deponirt werden müſſen, die Depoſitalgebühren allerdings den Anſchein einer unumgänglich zu entrichtenden Abgabe annehmen. Indeſſen mag es ſich rechtfertigen laſſen, daß von dem Vermögen wohlhabender Pupillen ein geringer Beitrag zur Beſtreitung der bedeutenden Depoſitalunkoſten erhoben wird. Luden.

Depoſition iſt die von einem Schuldner in das gerichtliche Depoſitum geleiſtete Zahlung einer Geldſchuld, für den Fall, daß der Schuldner, ungeachtet ſeiner Bereitwilligkeit dazu, nicht unmittelbar an den Gläubiger bezahlen kann. Eine ſolche Depoſition hat die Wirkung der Zahlung, ſo daß durch ſie die Verbindlichkeit vollſtändig aufgehoben wird[1]). Dieſe Depoſition findet hauptſächlich in dem Falle ſtatt, da der Gläubiger die Annahme der Zahlung ohne Grund verweigert oder derſelben ſonſtige Schwierigkeiten entgegenſetzt. Eine Klage darauf, daß der Gläubiger die Erfüllung einer Leiſtung annehme, kann es der Natur der Sache nach nicht geben; aber auf der anderen Seite kann der Schuldner durch die von Seiten des Gläubigers verweigerte Annahme natürlich auch nicht genöthigt werden, die Verbindlichkeit länger auf ſich zu behalten. Sind andere Sachen, als Geld, Gegenſtand der Leiſtung, ſo iſt, wie die Geſetze ausdrücklich anerkennen, der Schuldner nach vorhergegangener vergeblicher Aufforderung des Gläubigers ermächtigt, dieſelben preiszugeben, und ſich damit von der Verbindlichkeit zu befreien[2]); in Anſehung einer Geldſchuld iſt aber eine ſolche Preisgebung nicht geſtattet, indem ſich der Schuldner hier der Depoſition bedienen muß, welche bei den Römern in den Tempel oder an einen anderen von dem Richter anzuweiſenden ſicheren Ort gemacht werden konnte[3]), heutiges Tages aber in das gerichtliche Depoſitum

1) Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 4, S. 420. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 465.

2) L. 1. §. 3. D. de periculo et commodo rei venditae. (18. 6.) L. 105. D. de V. O. (45. 1.)

3) Vergl. die in der Note 3 zum vorigen Artikel citirten Stellen, und au=

gemacht werden muß. Soll die gerichtliche Depoſition, welche in Folge der von Seiten des Gläubigers verweigerten Annahme vorgenommen wird, die Wirkung haben, den Schuldner von der Verbindlichkeit zu befreien, ſo müſſen folgende Erforderniſſe dabei beobachtet worden ſein. Zuvörderſt muß die Zahlung dem Gläubiger in einer Weiſe angeboten worden ſein, daß er in der That dieſelbe anzunehmen verbunden war. Dazu gehört, daß ihm die Sache zur rechten Zeit, am rechten Orte und vollſtändig angeboten worden war[4]). Ferner muß die Annahme der Zahlung von dem Gläubiger verweigert worden ſein, was der Schuldner nöthigen Falles beweiſen muß[5]). Endlich muß die Depoſition vor dem competenten Gerichte erfolgen[6]). War ein beſtimmter Zahlungsort verabredet, ſo iſt das Gericht dieſes Ortes als das competente anzuſehen, weil die Depoſition die Stelle der Zahlung vertritt und daher an dem Orte geſchehen muß, wo dieſe vor ſich gehen ſollte[7]). In den übrigen Fällen iſt dagegen das Gericht des Beklagten das competente Gericht, weil der Gläubiger immer dem Gerichte des Beklagten folgen muß. Weitere Förmlichkeiten ſind übrigens, wenigſtens gemeinrechtlich, bei dieſer Depoſition nicht zu beobachten. Mehrere Rechtslehrer ſtellen zwar das Erforderniß auf, daß der Gläubiger vorgeladen werden müſſe, der Depoſition beizuwohnen (ad videndum deponi)[8]); allein es kann dieſes geſetzlich nicht nachgewieſen werden. Indeſſen iſt es zweckmäßig, dieſe Vorladung nicht zu unterlaſſen, zumal wo dieſelbe einmal hergebracht iſt, da doch dabei immer noch ein Verſuch gemacht werden kann, den Gläubiger zur Annahme des angebotenen Geldes zu beſtimmen[9]). Daß das deponirte Geld verſiegelt werde, wird dagegen im römiſchen Rechte allerdings erfordert[10]). In der Praxis wird indeſſen die Verſiegelung zur giltigen Depoſition nicht für nothwendig gehalten[11]). Das findet auch ſeine Rechtfertigung in dem Umſtande, daß bei der Einrichtung unſerer heutigen Depoſitorien, welche den Römern unbekannt waren, die Verſiegelung zwecklos zu ſein ſcheint. Eine unter Beobachtung der bisher angegebenen Erforderniſſe bewirkte Depoſition pflegt man wohl auch **depositio solennis** zu nennen, und von derſelben eine **depositio minus solennis** zu unterſcheiden, bei welcher dieſe Erforderniſſe, namentlich die vorhergegangene Anbietung des Geldes von Seiten des Schuldners, und die Verweigerung der Annahme von Seiten des Gläubigers nicht beobachtet werden konnten[12]). Es kann nämlich vorkommen, daß der Gläubiger unbekannt iſt, indem z. B. nach

---

ßerdem L. 7. D. de usuris (22. 1.), u. L. 10. L. 12. C. de pignerat. act. (4. 26.)

4) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 464, 466 u. 467.

5) Vgl. Puchta, der Dienſt der teutſchen Juſtizämter, Th. 2, S. 596.

6) L. 19. C. de usuris. (4. 32.)

7) Glück a. a. O. Note 74.

8) Lauterbach, colleg. Pandect. lib. 46. tit. 3. §. 43. Höpfner, Commentar, §. 982.

9) Glück a. a. O. Note 75. Puchta a. a. O. S. 596.

10) Vgl. die Note 3 angeführten Stellen.

11) Puchta a. a. O. S. 597.

12) Puchta a. a. O.

eingetretenem Tode des Darleihers ſeine Erben noch nicht ermittelt werden konnten. In ſolchen Fällen hat natürlich die Depoſition auch ohne vorhergegangene Anerbietung zur Zahlung die Wirkung, den Schuldner vollſtändig von ſeiner Verbindlichkeit zu befreien. Auch kann der Schuldner durch ein richterliches Verbot verhindert ſein, dem Gläubiger die Zahlung anzubieten oder wirklich zu leiſten. Auch hier ſteht es dem Schuldner frei, ſich durch einfache Depoſition der ſchuldigen Summe ſeiner Verbindlichkeit zu entledigen. Luden.

Depoſitum, Hinterlegungs- oder Verwahrungsvertrag iſt ein Realvertrag, der darin beſteht, daß Jemand einem Anderen eine bewegliche Sache zum Zwecke unentgeltlicher Aufbewahrung und unter der Verpflichtung zu jederzeitiger Reſtitution überliefert[1]). Der Empfänger wird dabei depositarius, der Geber deponens oder depositor genannt. Aus der Natur des Depoſitums als eines Realvertrages folgt von ſelbſt, daß der Vertrag erſt perfect wird durch die wirkliche Uebergabe der zu deponirenden Sache[2]). Ein von Jemand ausgeſtellter Depoſitionsſchein, in welchem er den Empfang deponirter Sachen beſcheinigt, kann zwar dem Deponenten als Beweismittel für die wirklich bewirkte Uebergabe dienen, aber an und für ſich für den Ausſteller nicht die Verbindlichkeit begründen, jene Sachen dem Empfänger des Scheines zu überliefern[3]). Daß die Uebergabe von dem Deponenten perſönlich an den Depoſitar erfolge, iſt gerade nicht erforderlich; vielmehr kann die aus dem Depoſitum entſpringende Obligation zwiſchen Deponenten und Depoſitar begründet werden, wenn auch die Uebergabe und Empfangnahme der Sachen in ihrem Namen zwiſchen anderen Perſonen vor ſich gegangen war[4]). Der Natur der Sache nach können nur bewegliche Sachen den Gegenſtand des Depoſitums bilden, wie ſich denn auch in den Geſetzen kein Beiſpiel von Depoſitum unbeweglicher Sachen findet[5]). Zwar kann Jemand einem Anderen die Wache und Aufſicht auch über ſeine unbeweglichen Sachen übertragen; allein dieſem Verhältniſſe liegt kein Depoſitum, ſondern Mandat zu Grunde. Es iſt nicht ohne Wichtigkeit, dieſen Unterſchied zu machen, weil der Mandatar nach anderen Grundſätzen, als der Depoſitar, für culpa einſtehen muß[6]). Es iſt nicht nothwendig, daß die deponirte Sache dem Deponenten eigenthümlich zugehöre[7]), indem ſogar der Dieb oder Räuber

---

1) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, §. 585.

2) §. 3. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 14.)

3) L. 26. §. 2. D. depositi. (16. 3.) Dabei verſteht ſich von ſelbſt, daß der Ausſteller des Depoſitionsſcheines die exceptio non numeratae pecuniae nicht mit der Wirkung gebrauchen kann, daß der Andere noch den Beweis führen müßte, er habe die Sachen in der That überliefert. Vielmehr liegt dieſer Beweis in dem Depoſitionsſcheine, ſo daß der Ausſteller, wenn er dennoch leugnet, die Sachen empfangen zu haben, den Beweis des Nichtempfanges liefern muß. Vgl. Glück, XII. S. 176.

4) Vgl. Glück, XV. S. 140.

5) Vgl. Glück, XV. S. 146 flg.

6) Glück a. a. O., wo auch die älteren Rechtslehrer genannt ſind, welche ein Depoſitum an beweglichen Sachen annehmen.

7) L. 9. C. de pignerat. action. (4. 26.)

giltiger Weiſe deponiren kann [8]). Nur darf die Sache nicht Eigenthum des Depoſitars ſelbſt ſein, weil dieſer durch die bloße Uebergabe nicht die Verpflichtung erhalten könnte, ſeine eigene Sache zu reſtituiren [9]). Das Weſen des Depoſitums bringt es mit ſich, daß dem Depoſitar für ſeine Mühe kein Lohn ausbedungen wird. Vielmehr würde dadurch das Verhältniß in einen anderen Contract übergehen, entweder in einen Miethcontract, wenn Geld, oder in einen Innominatcontract, wenn etwas Anderes für die Dienſte geleiſtet werden ſollte [10]). Indeſſen wird Begriff und Daſein des Depoſitums dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß der Deponent dem Depoſitar eine freiwillige Vergeltung für ſeine Mühewaltung gewährt [11]). Der Zweck, wegen deſſen die deponirten Sachen übergeben und übernommen werden, muß darauf gerichtet ſein, daß der Depoſitar dieſelben aufbewahren ſolle. Durch dieſen Zweck, welcher dem Depoſitum weſentlich und ausſchließlich zu Grunde liegen muß, unterſcheidet ſich daſſelbe von anderen Rechtsgeſchäften, bei welchen die von einem Anderen erhaltene Sache zwar auch aufbewahrt werden muß, ohne daß jedoch die Aufbewahrung den ausſchließlichen und urſprünglichen Zweck des Rechtsgeſchäftes bildet [12]). Daher iſt es kein Depoſitum, ſondern Mandat, wenn Jemandem eine Sache in der Abſicht übergeben wird, daß er dieſelbe einem Dritten in Verwahrung geben und, wenn dieſer ſich weigere, ſelbſt aufbewahren ſolle [13]). Ebenſo iſt es Mandat und nicht Depoſitum, wenn Jemandem aufgetragen wird, ſich von einem Dritten, der eine Sache bereits in Verwahrung hatte, dieſelbe geben zu laſſen, und ſelbſt aufzubewahren [14]). Denn der urſprüngliche Contract in beiden Fällen iſt das Mandat, aus welchem der Zweck und die Pflicht der Aufbewahrung nur als weitere Folge hervorgegangen iſt. Bei vielen anderen Geſchäften wird zwar vorausgeſetzt, daß der Andere die erhaltene Sache gehörig aufbewahre, ohne daß jedoch hierin der eigentliche Zweck beſtände, weßhalb denn dabei von einem Depoſitum keine Rede ſein kann. So iſt es Mandat, wenn dem Advocaten zur Führung des Prozeſſes Documente übergeben werden [15]), Pfandcontract, wenn dem Gläubiger zu ſeiner Sicherheit eine Sache ausgehändigt wird, Commodat, wenn Jemandem eine nicht fungible Sache unentgeltlich, Miethcontract, wenn ſie ihm gegen eine Geldleiſtung zum Gebrauche überlaſſen wird, obgleich bei allen dieſen Geſchäften auch an gehörige Aufbewahrung gedacht wird. Wenn Jemandem fungible Sachen zum Aufbewahren übergeben worden ſind, aber mit der Erlaubniß, dieſelben zu gebrauchen, ſo wird auch hierdurch die Natur des Geſchäftes als eines Depoſitums aufgehoben. Daſſelbe wird vielmehr zum Darlehn, und zwar, wenn der Depoſitar um dieſe Erlaubniß nachgeſucht hatte, ſofort mit der

---

8) L. 1. §. 39. L. 31. §. 1. D. h. t. (16. 3.)
9) L. 31. §. 1. cit. L. 15. D. h. t. L. 45. D. de R. J. (50. 17.)
10) L. 1. §. 8. 9. 10. D. h. t.
11) L. 2. §. 24. D. de vi bonor. rapt. (47. 8.)
12) Glück a. a. O. S. 141 u. 142.
13) L. 1. §. 12. D. h. t.
14) L. 1. §. 13. eod.
15) L. 8. pr. D. mandati. (17. 1.)

Verwilligung derſelben [16]), oder, wenn der Deponent dem Depoſitar dieſe Erlaubniß aus freien Stücken angeboten hatte, mit dem wirklichen Gebrauche [17]). Denn in dieſem letzteren Falle gibt ſich der Wille des Depoſitars, die Sache nicht blos zum Zwecke der Aufbewahrung inne zu haben, erſt mit dem wirklichen Gebrauche derſelben zu erkennen, ſo daß bis dahin das Geſchäft als Depoſitum gelten muß [18]).

Was nun die Wirkungen des Depoſitums betrifft, ſo beſtehen die Verbindlichkeiten, welche der Depoſitar mit demſelben auf ſich nimmt, und auf deren Erfüllung er von dem Deponenten mit der actio depositi directa belangt werden kann, in Folgendem. Zuvörderſt muß er die Sache in der gehörigen Weiſe aufbewahren. Was in dieſer Beziehung dem Depoſitar obliegt, wird in den Geſetzen custodia rei genannt [19]). Custodia iſt aber hier nicht in der engeren techniſchen Bedeutung gemeint, in welcher das Wort die Verpflichtung zu möglichſter Sorgfalt bedeutet, ſondern in dem Sinne des gewöhnlichen Lebens, nach welchem man eine ſolche Wachſamkeit darunter verſteht, welche ſich bei Aufbewahrung einer Sache keine groben Nachläſſigkeiten zu Schulden kommen läßt [20]). Denn im Allgemeinen braucht der Depoſitar nur für dolus und culpa lata zu haften [21]), ſo daß er, wenn die Sache untergeht, verdirbt oder abhanden kommt, nur alsdann Erſatz oder Entſchädigung zu leiſten braucht, wenn ihm dabei wirkliche Argliſt oder eine ſo grobe Nachläſſigkeit, welche der Argliſt gleich geachtet werden muß, zur Laſt gelegt werden kann [22]). Denn der Deponent hat allein den Vortheil vom Geſchäfte und muß es, wenn eben der Schaden nicht von dolus oder culpa lata des Depoſitars herrührt, ſich ſelbſt zuſchreiben, daß er ſeine Sachen Jemandem anvertraute, der auf ihre Aufbewahrung nicht die gehörige Sorgfalt verwendete [23]).

---

16) L. 9. §. 9. D. de reb. credit. (12. 1.) L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

17) L. 10. D. de reb. credit. (12. 1.) L. 1. §. 34. D. depositi. (16. 3.)

18) Ueber den Fall des depositum irregulare, da dem Depoſitar das Geld übergeben wird unter der Bedingung, ut tantumdem reddat, worin für ihn eine ſtillſchweigende Erlaubniß liegt, das Geld zu gebrauchen, vergl. unten den Art. depositum irregulare.

19) L. 1. pr. h. t.: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur; praepositio enim de auget positum, ut ostendat, totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.

20) Mühlenbruch a. a. O. §. 385, Note 4.

21) §. 3. J. quib. mod. re contrah. oblig. (3. 14.) L. 1. §. 1. 8. 47. D. h. t. L. 5. §. 2. D. commodati. (13. 6.)

22) Darum ſtand auch dem Depoſitar, wenn ihm die Sache geſtohlen worden, nicht die actio furti zu, weil er in dieſem Falle nicht zu haften braucht, und alſo durch den Diebſtahl in ſeinem Intereſſe gar nicht verletzt wird. Nur wenn ihm dolus oder culpa lata dabei zur Laſt fällt, muß er auch für den Diebſtahl haften, obgleich ihm auch in dieſem Falle die actio furti verſagt war, weil es unbillig erſchien, daß er dieſelbe durch ſeinen dolus erwerben könnte. L. 14. §. 3. D. de furtis. (47. 2.)

23) L. 1. §. 5. D. de obligat. et action. (44. 7.): Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur qui et ipse de ea re, quam acceperit, restituenda tenetur. Sed is etiam si negligenter rem custoditam

Darum kann ſelbſt im Falle einer wirklichen Nachläſſigkeit von Seiten des Depoſitars der Deponent keinen Anſpruch gegen denſelben erheben, wenn er nur diejenige Aufmerkſamkeit auf die deponirten Sachen verwendete, mit welcher er ſeine eigenen Sachen zu verwahren pflegte. Denn der Deponent hätte ſich, um ſich vor Schaden zu wahren, einen beſſeren Depoſitar auswählen ſollen. Nur wenn der Depoſitar die ſeiner Obhut anvertrauten Gegenſtände nicht einmal mit derjenigen Sorgfalt verwahrte, welche er ſeinen eigenen Sachen widmet, kann er von einer gewiſſen Argliſt nicht freigeſprochen werden, ſo daß er in dieſem Falle allerdings für den entſtandenen Schaden einſtehen muß [24]). Schwieriger iſt die Frage zu entſcheiden, ob der Depoſitar in dem Falle für den Schaden hafte, da derſelbe zwar nicht in Folge einer ſolchen Nachläſſigkeit eingetreten, welche in abstracto eine culpa lata genannt werden könnte, aber doch hätte vermieden werden können, wenn der Depoſitar die beſondere und außergewöhnliche Sorgfalt, mit welcher er, als ein ganz beſonders vorſichtiger Menſch, ſeine eigenen Sachen zu verwahren pflegte, auf die deponirten Sachen verwendet hätte. Mehrere Rechtslehrer ſind in der That der Anſicht, daß der Depoſitar in dieſem Falle für den Schaden einſtehen müſſe, weil derſelbe auch im umgekehrten Falle, wenn er nämlich ein nachläſſiger und ſorgloſer Menſch ſei, auf die deponirten Sachen keine größere Sorgfalt, als auf ſeine eigenen zu verwenden brauche [25]). Allein dieſe Anſicht ſcheint nicht die richtige zu ſein, da die Geſetze ausdrücklich anerkennen, daß der Depoſitar im Allgemeinen nur für culpa lata hafte, und da es unbillig ſein dürfte, Jemanden blos aus dem Grunde, weil er vorſichtiger und ſorgſamer iſt, als andere Menſchen, nach ſtrengeren Grundſätzen zu beurtheilen [26]). Auch über die Frage ſind die Rechtslehrer nicht vollkommen einverſtanden, ob bei einer eingetretenen Gefahr der Depoſitar verpflichtet ſei, eher zur Rettung der deponirten Sachen, als der ſeinigen zu ſchreiten. Einige Rechtslehrer ſind hier der Anſicht, daß der Depoſitar den fremden Sachen den Vorzug geben müſſe, während Andere einen Unterſchied machen wollen, ob die deponirten Sachen werthvoller ſeien, als die eigenen oder nicht, und nur im erſteren Falle dem Depoſitar die Verbindlichkeit auferlegen, eher für die Rettung derſelben zu ſorgen [27]). Allein in der That legt kein Geſetz dem Depoſitar die Verbindlichkeit auf, die fremden Sachen vor den eigenen zu retten, ſowie auch die Geſetze für den angedeuteten Unterſchied keinen Anhaltepunkt gewähren. Man muß vielmehr bei Entſcheidung dieſer Frage an dem Grundſatze feſthalten, daß der Depoſitar nur für culpa lata haftet, und daß es alſo nur darauf

---

amiserit, securus est, quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit. Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri oportet. Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere.

24) L. 32. D. h. t.

25) S. dieſelben bei Glück, XV. S. 174.

26) Vgl. Glück a. a. O. S. 174 flg.

27) Vgl. Glück a. a. O. S. 182.

ankommt, ob ihm bei Rettung der deponirten Sachen eine grobe Nachläſſigkeit zur Laſt gelegt werden kann. Eine ſolche Nachläſſigkeit kann aber nur in dem Falle angenommen werden, da es dem Depoſitar möglich geweſen wäre, die fremden Sachen zu retten, ohne ſich dadurch einem Schaden auszuſetzen, wozu er nach der Natur des Contractes nicht verbunden geweſen wäre. Das Depoſitum bringt es aber ſeinem Weſen nach nicht mit ſich, daß der Depoſitar die eigenen Sachen preisgebe, um die fremden zu retten, ſo daß er nur in dem Falle, da er neben den eigenen die fremden Sachen zu erhalten im Stande geweſen wäre, für den Schaden einzuſtehen braucht. Aus der Rettung der eigenen Sachen ergibt ſich zwar die Vermuthung, daß der Depoſitar auch die fremden zu retten im Stande geweſen wäre [28]: allein dieſe Vermuthung ſchließt den Gegenbeweis nicht aus, ſo daß der Depoſitar, wenn er darthut, außer Stande geweſen zu ſein, neben den ſeinigen die fremden Sachen zu retten, von dem Anſpruche auf Entſchädigung freigeſprochen werden muß. Ausnahmsweiſe kann jedoch der Depoſitar auch für geringere Verſehen, und ſelbſt für den Zufall haften müſſen. Das iſt namentlich der Fall, wenn er vertragsmäßig eine größere Verantwortlichkeit auf ſich genommen, als die Natur des Geſchäftes eigentlich mit ſich brachte [29]. Auch wenn er ſich dem Deponenten zur Aufbewahrung aufgedrungen hatte, muß er zwar nicht für den Zufall, aber doch für geringe Verſehen einſtehen [30]. In einigen Fällen muß der Depoſitar ſogar die Gefahr des Zufalles übernehmen, nämlich a) wenn er ſich bei der Reſtitution der Sache eines Verzuges ſchuldig machte, jedoch unter der Vorausſetzung, daß die Sache, wenn ſie dem Deponenten zu rechter Zeit reſtituirt worden wäre, nicht auf die nämliche Weiſe zu Grunde gegangen ſein würde [31]; b) wenn er die Sache contractswidrig benutzte und dieſelbe dabei beſchädigt worden war [32]; c) wenn die Sache zu Grunde geht, nachdem er ſie veräußert und alsdann wieder an ſich gebracht hatte, um ſie ferner als Depoſitum zu behalten, zur Strafe für die mit der Veräußerung begangene Treuloſigkeit [33]; d) wenn das Depoſitum lediglich zum Vortheil des Depoſitars gemacht worden war, indem es ihm zwar nicht ſofort mit der Hinterlegung, aber mit dem Eintritte einer gewiſſen Bedingung als Darlehn dienen ſollte [34]. Außerdem verſteht ſich von ſelbſt, daß der Depoſitar, ſo gut wie jeder Andere, für den durch ſeine culpoſe poſitive Thätigkeit verurſachten Schaden einſtehen muß, und auf Erſatz deſſelben nach der lex Aquilia belangt werden kann, ohne daß dabei auf den Grad der

---

28) Cap. 2. X. de deposito (3. 16.): Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti.

29) L. 7. §. 15. D. de pactis. (2. 14.)

30) L. 1. §. 35. D. h. t.

31) L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. D. h. t.

32) Denn der Depoſitar begeht durch den Gebrauch der Sache ein furtum usus, §. 6. J. de oblig. quae ex delicto (4. 1.), und der Dieb muß bekanntlich immer für den Zufall einſtehen. L. 2. C. de condict. furtiv. (4. 8.)

33) L. 1. §. 25. D. h. t.

34) L. 4. pr. D. de reb. credit. (12. 1.)

culpa etwas ankäme[35]). Die weitere Verbindlichkeit des Depoſitars beſteht darin, daß er die Sache zu jeder Zeit, da der Deponent es verlangt, reſtituiren muß[36]). Der Deponent kann in ſeiner Freiheit, die Sache zu jeder Zeit zurückzufordern, nicht einmal durch Vertrag beſchränkt werden, indem eine Zeitbeſtimmung, die in Anſehung der Rückforderung getroffen wird, nur die Wirkung hat, daß der Depoſitar die Sache dem Deponenten nicht vorher aufdringen darf[37]). Der Depoſitar darf auch dem Deponenten in keiner Weiſe Einwendungen entgegenſetzen, um die Reſtitutionspflicht entweder gänzlich von ſich abzuwenden oder dieſelbe wenigſtens zu verzögern[38]). Namentlich kann der Depoſitar wegen ſeiner etwaigen Gegenforderungen kein Retentions- [39]) oder Compenſationsrecht geltend machen, ſelbſt nicht einmal in dem Falle, da nicht auf Reſtitution der deponirten Sachen in natura, ſondern nur auf Vergütung des Werthes geklagt wird, oder da die Depoſition fungibler Sachen gleich anfangs unter der Bedingung geſchah, daß nur tantumdem zurückgegeben werden ſollte[40]). Dem Depoſitar bleibt vielmehr nichts übrig, als ſeine Gegenforderungen mit der actio depositi contraria geltend zu machen. Ebenſo wenig kann der Depoſitar die Einrede entgegenſetzen, daß der Deponent kein Recht an der deponirten Sache habe, da er ſogar dem Diebe oder Räuber dieſelbe zu reſtituiren verbunden iſt[41]). Auch kann ſich der Depoſitar der Reſtitutionspflicht nicht unbedingt dadurch entziehen, daß er behauptet, ſelbſt Eigenthümer der deponirten Sachen zu ſein. In dieſem letzteren Falle iſt zu unterſcheiden, ob mit der Einrede des Eigenthums behauptet wird, der Depoſitar ſei gleich anfangs Eigenthümer der Sache geweſen, oder ob er ſich nur darauf beruft, ſpäter nach geſchehenem Depoſitum Eigenthum daran erworben zu haben. Iſt davon die Rede, daß der Depoſitar ſchon vor dem angeblichen Depoſitum Eigenthum an der Sache gehabt habe, ſo konnte dieſelbe gar nicht bei ihm deponirt werden, da es, wie ſchon bemerkt worden

---

35) Mühlenbruch, Lehrbuch, §. 353.

36) Nur muß die unverzügliche Reſtitution dem Depoſitar nicht unmöglich ſein, indem ſich etwa die deponirte Sache an einem entfernten Orte befindet, oder unter einem Verſchluſſe, der von ihm nicht ſogleich geöffnet werden kann. L. 1. §. 22. D. h. t.

37) L. 1. §. 45 u. 46. D. h. t. Vgl. Glück, XV. S. 100.

38) L. 11. C. depositi. (4. 34.)

39) Aeltere Rechtslehrer behaupteten häufig, daß dem Depoſitar wegen der auf die Sache verwendeten Koſten allerdings ein Retentionsrecht zuſtehe. Vgl. dieſelben bei Glück, XV. S. 199, Note 37, und bei Schenck, die Lehre von dem Retentionsrechte, S. 210, Note 6. Allein die L. 11. C. cit. verbietet dem Depoſitar ganz allgemein jede Ausflucht, die Reſtitution der Sache zu verweigern, wie denn auch die meiſten Neueren demſelben das Retentionsrecht abſprechen. Schenck a. a. O. und K. Luden, das Retentionsrecht, S. 162. Ueber den von Glück, a. a. O. S. 204, bezeugten Gerichtsgebrauch, nach welchem dem Depoſitar das Retentionsrecht zuſtehe, wenn er durch das Depoſitum Schaden erlitten, oder wenn er ſolche Koſten auf die hinterlegte Sache verwendet, wegen deren ihm die actio depositi contraria zuſtehe vergl. Schenck a. a. O. S. 215.

40) Vgl. Glück a. a. O. S. 191.

41) L. 31. §. 1. D. h. t.

iſt, kein Depoſitum ſolcher Sachen gibt, welche dem Depoſitar eigenthümlich zugehören [42]). Er braucht alſo in dieſem Falle nicht zu reſtituiren, da kein Grund vorhanden iſt, aus welchem er dazu verbunden ſein ſollte. Behauptet dagegen der Depoſitar, erſt nach dem Depoſitum Eigenthum an den Sachen erworben zu haben, ſo kommt es darauf an, ob ſeine Einrede ſofort liquid iſt oder nicht. Iſt dieſelbe nicht ſogleich liquid, ſo iſt es unbeſtritten, daß ſich der Depoſitar mit derſelben der Pflicht, die Sache ſofort zu reſtituiren, nicht entziehen kann, wie es denn auch in der That unbillig ſein würde, wenn die Reſtitution ſo lange ausgeſetzt bleiben ſollte, bis die vorgeſchützte Einrede ausgemacht wäre. Nach den Worten des Geſetzes [43]) würde ſogar im Falle ſofortiger Liquidität der Einrede des Eigenthumes der Depoſitar mit derſelben in dieſem Prozeſſe nicht gehört werden dürfen, ſondern deſſenungeachtet zur Reſtitution der Sache verurtheilt werden müſſen. Da aber der Deponent alsdann auf eine von dem Depoſitar anzuſtellende Klage ſogleich verurtheilt werden müßte, die Sache demſelben wieder zurückzuliefern, ſo würde es theils anderen anerkannten Rechtsgrundſätzen widerſtreiten [44]), theils im praktiſchen Reſultate nur auf eine Weitläufigkeit hinauslaufen, wenn in dieſem Falle der Depoſitar in dem einen Prozeſſe verurtheilt werden ſollte, die Sache dem Deponenten zu reſtituiren, um ſie nachher in einem anderen Prozeſſe von demſelben wieder zurückzuerhalten. Daher nimmt man mit Recht an, daß ſich der Depoſitar durch die ſofort liquide Einrede, ſelbſt Eigenthümer der deponirten Sachen zu ſein, gegen den Reſtitutionsanſpruch wirkſam vertheidigen könne [45]). Endlich iſt es dritten Perſonen ausdrücklich unterſagt, bei dem Depoſitar Einſpruch dagegen einzulegen, daß er das Depoſitum an den Deponenten zurückliefere, indem ſie vielmehr mit ihren etwaigen Anſprüchen an den Deponenten nur gegen dieſen ſelbſt auftreten ſollen [46]). Nur wenn der Dritte als Vindicant aufträte, würde er dem Depoſitar die Zurückgabe der Sache allerdings verbieten können [47]), ſowie ſich auch von ſelbſt verſteht, daß derſelbe in Folge eines gerichtlich ausgewirkten Arreſtes die Reſtitution an den Deponenten verweigern muß [48]). Die Reſtitution geſchieht übrigens an dem Orte, wo ſich die Sache zu der Zeit befindet, da der Deponent dieſelbe zurückverlangt [49]). Wenn die Verabredung getroffen war, daß die Reſtitution an einem anderen Orte erfolgen ſolle, als an welchem die Sache deponirt worden war, ſo muß der Deponent die Koſten des Transportes tragen. Dieſe Koſten fallen ihm auch alsdann zur Laſt, wenn kein beſtimmter Ort der Reſtitution

42) Vgl. die oben Note 9 citirten Stellen.

43) Nämlich der citirten L. 11. C. depositi.

44) L. 8. pr. D. de doli mali et met. except. (44. 4.): Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

45) Glück a. a. O. S. 196 flg. Mühlenbruch a. a. O. §. 335, Note 8.

46) Nov. 88. cap. 1.

47) L. 9. i. f. D. de rei vindic. (6. 1.)

48) L. 15. §. un. D. de re iudicata. (42. 1.)

49) L. 12. pr. §. 1. D. h. t. Nur darf es nicht dem dolus des Depoſitars zuzuſchreiben ſein, daß ſich die Sache an einem entfernten Orte befindet.

verabredet iſt und der Deponent verlangt, daß ſie an einem ſolchen erfolgen ſolle[50]).

Der Deponent hat gegen den Depoſitar die actio depositi directa auf Reſtitution der Sache und Erſatz des durch dolus oder culpa lata geſtifteten Schadens[51]), deſſen Schätzung er durch iuramentum in litem angeben kann. Dieſe Klage kann auch utiliter von einem Dritten angeſtellt werden, wenn derſelbe dem Deponenten den Auftrag gegeben hatte, ſeine Sache dem Depoſitar in Verwahrung zu geben[52]), oder wenn der Deponent bei der Hinterlegung ausgemacht hatte, daß die Sache dem Dritten reſtituirt werden ſollte[53]). Während dieſes in den Geſetzen ausdrücklich anerkannt iſt, ſprechen ſich dieſelben nicht ſo ganz unzweideutig über die Frage aus, ob die actio depositi directa nicht auch utiliter gegen den dritten Beſitzer angeſtellt werden könne, welchem der Depoſitar von ſeiner Seite die deponirte Sache wieder in Verwahrung gegeben habe. An und für ſich nämlich darf ſich der Depoſitar einen Anderen ſubſtituiren, ohne für ſeinen Subſtituten haften zu müſſen, und der erſte Deponent kann dabei von ſeinem Depoſitar, falls ſich derſelbe bei Wahl des Subſtituten keiner präſtablen culpa ſchuldig machte, nichts weiter verlangen, als daß er ihm ſeine Klage gegen den ſubſtituirten Depoſitar cedire[54]). Die Frage aber iſt, ob der erſte Deponent nicht auch mit Umgehung ſeines Depoſitars den ſubſtituirten Depoſitar unmittelbar mit der actio depositi directa belangen könne[55]). In den Geſetzen findet ſich keine deutliche Antwort auf dieſe Frage, da eine Stelle des Paullus[56]), in welcher dieſelbe bejahend entſchieden iſt, keine Aufnahme in die Pandekten gefunden hat. Es iſt indeſſen nach dem Geiſte des ſpäteren römiſchen Rechtes unbedenklich, dem erſten Deponenten eine actio depositi utilis gegen den ſubſtituirten Depoſitar zuzugeſtehen, da ja in der L. 8. C. cit. der Kürze und Billigkeit wegen eine ſolche Klage auch demjenigen gewährt wird, welchem, ohne daß er ſelbſt den Vertrag abgeſchloſſen oder Erbe des Deponenten geworden, nach der zwiſchen Deponenten und Depoſitar getroffenen Verabredung die Sache von dieſem reſtituirt werden ſollte[57]).

Wenn ein verſchloſſenes oder verſiegeltes Behältniß deponirt worden iſt, ſo muß der Depoſitar auch für die in demſelben enthaltenen Sachen einſtehen, obgleich ihm dieſelben bei der Hinterlegung nicht namhaft gemacht oder gezeigt worden ſind[58]). Es folgt dieſes einfach daraus, daß

50) L. 12. D. cit.
51) L. 1. §. 1. D. h. t.
52) L. 11. §. 1. D. h. t.
53) L. 26. pr. D. eod. L. 8. C. ad exhibendum. (3. 42.)
54) L. 16. D. h. t.
55) Denn daß er, wenn er Eigenthümer iſt und die Sachen noch vorhanden ſind, die rei vindicatio anſtellen könne, verſteht ſich von ſelbſt.
56) Collat. LL. M. et Rom. tit. 10. §. 7.
57) Vgl. überhaupt hierüber Glück a. a. O. S. 221 flg. Anderer Meinung iſt Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechtes, Bd. II, §. 230 a. E.
58) L. 1. §. 41. D. h. t.

wer die Kiſte deponirt, damit auch die in derſelben enthaltenen Sachen deponirt. Natürlicher Weiſe muß aber der Deponent, wenn er bei der Reſtitution behauptet, daß Sachen fehlen, den Beweis führen, daß dieſelben ſich bei der Depoſition in dem Behältniſſe befunden haben. Die Praxis geht dabei oftmals von der Anſicht aus, daß aus dem Umſtande, daß der Depoſitar das Behältniß erbrochen zurückgebe, ein ſo ſtarker Verdacht gegen ihn entſpringe, daß der Deponent zur eidlichen Ergänzung ſeines Beweiſes zugelaſſen werden müſſe. Es iſt aber klar, daß dieſer Umſtand nicht unbedingt einen ſo ſtarken Verdacht gegen den Depoſitar begründen kann, um den Kläger immer zum Erfüllungseide zuzulaſſen. Denn theils kann das Behältniß auch von anderen Perſonen, als dem Depoſitar erbrochen ſein, theils folgt daraus, daß daſſelbe erbrochen, immer noch nicht, daß ſich auch die von dem Deponenten angegebenen Sachen darin befunden haben. Unter Umſtänden könnte daher auch in dieſem Falle zu einem Reinigungseide für den Depoſitar genügende Veranlaſſung ſein[59]).

Es kann auch vorkommen, daß in Beziehung auf ein und daſſelbe Depoſitum mehrere Deponenten oder mehrere Depoſitare concurriren. Wenn Mehrere eine Sache deponirt haben, oder wenn ein Deponent ſtirbt und mehrere Erben hinterläßt, ſo iſt zu unterſcheiden, ob der deponirte Gegenſtand ſeiner Natur nach theilbar iſt oder nicht. Im erſteren Falle, d. h. wenn entweder eine Quantität deponirt worden iſt, welche immer ipso iure theilbar iſt[60]), oder wenn mehrere einzelne Sachen deponirt worden ſind, welche ſich an Gattung und Art vollkommen gleichen, ſo daß die eine die andere vertreten kann, darf von den mehreren Deponenten oder Erben nur pro rata geklagt werden[61]), es müßte denn bei der Depoſition ausdrücklich ausgemacht ſein, daß Einer allein das Ganze ſolle zurückverlangen dürfen. Außerdem thut es der Depoſitar auf ſeine Gefahr, wenn er Einem, der nicht gehörig dazu legitimirt iſt, das ganze Depoſitum ausantwortet. Denn durch die Auszahlung wird er gegen die Anſprüche der Uebrigen keineswegs geſichert[62]). Im anderen Falle, d. h. wenn der deponirte Gegenſtand ſeiner Natur nach untheilbar iſt, wohin auch der Fall gehört, da mehrere einzelne Sachen zwar von gleicher Gattung, aber nicht von gleichem Werthe deponirt worden ſind, darf der Depoſitar nur an denjenigen reſtituiren, der von den Uebrigen gehörige Vollmacht beibringt,

59) Vgl. Glück, XV. S. 186 flg.

60) L. 2. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) Wenn eine Quantität Geldes in einem verſiegelten Beutel deponirt worden iſt, können die Erben des Deponenten auch nur auf ihre Antheile klagen. Der Beutel muß aber entweder vor Gericht oder in Gegenwart einiger unbeſcholtener Perſonen entſiegelt werden. L. 1. §. 36. D. h. t.

61) Die einzelnen Miterben erhalten ihren Antheil durchaus ſelbſtſtändig, ſo daß der eine von ihnen, der ſeinen Antheil von dem Depoſitar nicht bekommen kann, ſich darum nicht an die Uebrigen, welche den ihrigen erhalten haben, halten kann. L. 12. C. depositi. (4. 34.)

62) Vgl. Glück a. a. O. S. 230.

oder der wenigſtens hinlängliche Caution leiſtet, um ihn gegen die Anſprüche der Uebrigen ſicher zu ſtellen [63]).

Wenn dieſelbe Sache Mehreren deponirt worden iſt, ſo kann in der Regel jeder der Depoſitare auf das Ganze in Anſpruch genommen werden, da die custodia ſelbſt untheilbar iſt, und jeder die ganze Sache zu bewahren hatte [64]). Darum kann ſich auch jeder Depoſitar von dem Anſpruche befreien, wenn er nachweiſt, daß er von ſeiner Seite die custodia geleiſtet habe, welche nach der Natur des Geſchäftes von ihm geleiſtet werden mußte [65]). Mehrere Erben eines Depoſitars haften aber für die Handlungen ihres Erblaſſers nur nach Verhältniß ihres Erbantheiles, während ſie dagegen, wenn ſie ſich ſelbſt gemeinſchaftlich eines dolus ſchuldig machten, ſolidariſch einſtehen müſſen [66]). Wenn die Erben die deponirte Sache in gutem Glauben veräußerten, indem ſie dieſelbe etwa für Eigenthum ihres Erblaſſers hielten, ſo haften ſie dem Deponenten blos für den Werth, den ſie empfangen, oder falls das noch nicht der Fall geweſen, blos inſoweit, als ſie demſelben ihre Klage gegen den Erwerber abtreten müſſen [67]). Nur wenn ſie im Stande ſind, die Sache für den nämlichen Werth wieder einzulöſen, oder wenn ſie dieſelbe auf anderem Wege bereits wieder erhalten haben, ſind ſie zur Reſtitution in natura verpflichtet [68]).

Nach römiſchem Rechte traf den in Folge einer actio depositi directa Verurtheilten die Strafe der Infamie [69]). Dabei iſt es ſtreitig, ob dieſe Strafe eintrete nur im Falle eines von dem Depoſitar begangenen dolus, oder auch, wenn ſich derſelbe nur einer culpa lata ſchuldig gemacht hatte [70]). Während es nämlich in einigen Stellen ganz allgemein heißt, daß den depositi damnatus die Infamie treffen ſolle, wird in anderen Stellen die Unredlichkeit und Treuloſigkeit des Depoſitars als Grund, und alſo auch als Bedingung der Infamie angegeben [71]). Darum iſt es aber wohl das Richtigere, den Eintritt der Infamie auf den Fall des wirklichen dolus zu beſchränken, da doch auf jeden Fall, wo es ſich um Beſtrafung handelt, zwiſchen dolus und culpa lata ein unverkennbarer Unterſchied obwaltet. Indeſſen kann dieſe Controverſe auf ſich beruhen, da ſie heutiges Tages ohne praktiſche Bedeutung iſt. Denn entweder hat ſich der Depoſitar eines wirklichen Verbrechens, des Betruges oder der Unterſchlagung ſchuldig gemacht, und alsdann erfolgt ſeine Beſtrafung im Wege des Criminalprozeſſes und nach anderen recht-

---

63) L. 1. §. 36. cit. Außerdem kann der Depoſitar die Sachen gerichtlich deponiren und ſich damit von aller Verantwortlichkeit befreien.

64) L. 1. §. 34. D. h. t.

65) Glück a. a. O. S. 232. L. 1. §. 43. cit.

66) L. 7. §. 1. L. 9. 10. 22. D. h. t.

67) L. 1. §. un. L. 2. D. h. t.

68) L. 3. D. h. t.

69) §. 2. J. de poena temere litigantium. (4. 16.) L. 1. L. 6. §. 6. D. de his qui notant. infam.

70) Vgl. Glück a. a. O. S. 206.

71) §. 2. J. cit. u. L. 1. D. cit., vergl. mit L. 6. §. 5. 6. 7. D. de his qui not. inf. (3. 2.) und mit L. 22. C. ex quib. causis. (2. 12.)

lichen Grundſätzen, oder es kann ihm kein Criminalverbrechen zur Laſt gelegt werden, und alsdann würde die Infamie, wenn ſie ihn auch nach römiſchem Rechte betroffen hätte, heutiges Tages ohne alle Bedeutung ſein, da die römiſche Infamie gegenwärtig keine rechtlichen Conſequenzen mehr nach ſich zieht, und daher kaum noch von gemeinrechtlicher Anwendbarkeit derſelben die Rede ſein kann[72]).

Ein beſonderer Fall des Depoſitum iſt das von den Neueren ſogenannte depositum miserabile, in deſſen Gegenſatze man alsdann die übrigen Fälle des Depoſitums unter dem Ausdrucke depositum simplex zu begreifen pflegt[73]). Unter depositum miserabile verſteht man die im Falle einer dringenden Noth oder Gefahr von Feuer, Waſſer, Erdbeben, Krieg oder Aufruhr hinterlegten Sachen[74]). Der Unterſchied, durch welchen ſich dieſes Depoſitum vor den übrigen Fällen deſſelben auszeichnet, beſteht darin, daß bei ihm der Depoſitar, wenn er es ableugnet, auf den Erſatz des doppelten Werthes verklagt und verurtheilt werden kann, während er ſonſt blos einfachen Erſatz zu leiſten braucht[75]). Der Grund dieſer Beſtimmung liegt darin, daß es beſonders ſtrafbar zu ſein ſcheint, das in ſolchen Fällen der Noth erhaltene Vertrauen zu mißbrauchen[76]). Es iſt nicht ganz unbeſtritten, ob die Strafe des zweifachen Erſatzes auf den Fall des Ableugnens zu beſchränken, oder auch auf die Fälle anderer Veruntreuungen auszudehnen ſei. Die Geſetze ſprechen die Strafe nur aus für den Fall, da das Depoſitum abgeleugnet werde[77]), und es darf wohl auch keine analoge Ausdehnung gemacht werden. Denn die Fälle anderer Veruntreuungen, welche entweder durch Verbrauch oder durch Veräußerung der deponirten Sachen begangen werden, fallen unter den Begriff des römiſchen furtum, bei welchem der Deponent ohnedieß mit der actio furti auf das duplum klagen konnte, auch wenn es ſich nicht gerade um ein depositum miserabile handelte[78]). Das einfache Ableugnen dagegen, die Sache erhalten zu haben, konnte noch nicht für furtum gelten, weil noch keine Contrectation darin lag, ſo daß es, wenn es dennoch mit der poena dupli belegt werden ſollte, allerdings einer ſpeciellen Beſtimmung darüber bedurfte. Gegen die Erben des Depoſitars konnte die Klage auf das duplum nur angeſtellt werden, wenn ſie ſelbſt das Depoſitum ableugneten, wogegen es ſich von ſelbſt verſteht, daß ſie jedes Falles auf das Simplum belangt werden können[79]). Die Klage auf das Duplum im Falle des depositum miserabile noch heutiges Tages für zuläſſig zu erklären, ſcheint ſehr bedenklich zu ſein, wenn man auch nicht der Anſicht Derjenigen unbedingt beitreten kann, welche den römiſchen Pri-

72) Vgl. darüber Savigny, Syſtem des heutigen römiſchen Rechtes, Bd. 2, §. 78 flg. und vorzüglich §. 83.

73) Vgl. Glück, XV. S. 208 flg.

74) L. 1. §. 1. D. h. t.

75) L. 1. §. 1. cit. §. 26. J. de actionibus. (4. 6.)

76) L. 1. §. 2—4. D. h. t.

77) S. Glück a. a. O. S. 214, der übrigens anderer Meinung iſt.

78) L. 1. §. 2. L. 33. L. 67. pr. D. de furtis. (47. 2.)

79) §. 17. J. de actionibus. (4. 6.) L. 1. §. 1. D. h. t.

vatſtrafen gar keine gegenwärtige Anwendbarkeit mehr geſtatten wollen[80]). Denn darüber, daß die römiſchen Privatſtrafen des furtum heutiges Tages nicht mehr anwendbar ſind, iſt kein Streit mehr und hat Theorie und Praxis längſt entſchieden. Das Ableugnen einer deponirten Sache aber iſt heutiges Tages als Verſuch einer Unterſchlagung anzuſehen[81]), welche nach römiſchem Rechte eine Unterart des furtum war. Es wäre daher wohl inconſequent, für dieſen einzelnen Fall verſuchter Unterſchlagung die römiſche Privatſtrafe fortdauern laſſen zu wollen, während dieſelbe für alle übrigen Fälle vollendeter Unterſchlagung entſchieden aufgehoben wäre.

Was endlich die rechtlichen Verbindlichkeiten des Deponenten betrifft, ſo haftet derſelbe, weil er allein den Vortheil von dem Geſchäfte hat, auch für das geringſte Verſehen[82]). Auch muß er dem Depoſitar alle Koſten erſetzen, welche entweder zur Erhaltung der Sache aufgewendet werden mußten, oder welche derſelbe mit ſeiner Verwilligung gemacht hatte[83]). Dem Depoſitar oder deſſen Erben ſteht zur Verfolgung dieſer Anſprüche gegen den Deponenten oder deſſen Erben die actio depositi contraria zu, bei welcher jedoch, weil es ſich hier nicht, wie bei der actio depositi directa, um Unredlichkeit und Veruntreuung, ſondern nur um Entſchädigung handelt, von dem iuramentum in litem kein Gebrauch gemacht werden kann[84]).

Depositum irregulare nennt man die Hinterlegung fungibler Sachen unter der Verabredung, daß der Depoſitar dieſelben nur in genere, alſo tantumdem zu reſtituiren brauche, ohne daß das Geſchäft darum aufhören ſolle, ein Depoſitum zu ſein[85]). Ein ſolches Depoſitum iſt in der That ein unregelmäßiges, weil durch daſſelbe nicht allein das Recht, die deponirten Sachen zu benutzen, ſondern auch das Eigenthum an denſelben auf den Depoſitar übertragen wird[86]). Dieſes Geſchäft würde vielmehr für ein Darlehn gelten müſſen, wenn nicht die Willenserklärung der Contrahenten, daß es als Depoſitum behandelt werden ſolle, entgegenſtünde. Der Grund, aus welchem nicht für Darlehn angeſehen werden ſollte, was in Wirklichkeit Darlehn war, lag für die Römer wahrſcheinlich darin, daß mit dieſer Contractsform die für die Contrahirung verzinslicher Darlehnsgeſchäfte ſonſt nöthige Stipulationsform, welche ſich für den Verkehr als hemmend erweiſen mochte, umgangen werden konnte[87]). Denn die Eigenthümlichkeiten dieſes depositum irregulare beſtehen darin, daß bei demſelben nicht allein Eigenthum und Gefahr der deponirten Sachen auf den Depoſitar übergeht, ſondern daß auch derſelbe mit der actio de-

80) Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 217, der ſich für die heutige Anwendbarkeit erklärt.
81) Vgl. meine Abhandlungen aus dem gemeinen teutſchen Strafrechte, Bd. I, S. 497.
82) L. 63. §. 5. D. de furtis. (47. 2.)
83) L. 12. pr. L. 23. D. h. t.
84) L. 5. pr. D. eod.
85) Mühlenbruch, §. 386.
86) L. 24. D. depositi.
87) Mühlenbruch a. a. O.

poſiti auf die bedungenen Zinſen und auf Verzugszinſen belangt werden kann[88]). Luden.

Deputation, ein neuer, mit der in den römiſchen Geſetzen zuweilen[1]) vorkommenden und nur den damaligen Verhältniſſen angehörenden Benennung deputatus[2]) in gar keiner Verbindung ſtehender Geſchäftsausdruck, durch welchen das Perſonal bezeichnet zu werden pflegt, das aus einem Collegium von dieſem und für dieſes zur Ausführung eines einzelnen Geſchäftes, ohne Uebertragung einer außerordentlichen eigenen Gerichtsbarkeit[3]), oder an gleiche oder höhere Behörden behufs einer Communication, abgeordnet wird. Der einzelne Beamte deputirt, nach dem Sprachgebrauche, nicht, ſondern er ſubdelegirt blos; der Höhere, der einen Niederen abordnet, deputirt dieſen nicht, ſondern committirt ihn; dieß und der Mangel einer außerordentlichen eigenen Gerichtsbarkeit unterſcheiden bei Juſtizbehörden den Deputirten vom Commiſſarius[4]). Die Abordnung eines höheren Beamten an eine untere Behörde, behufs einer Communication, heiſt in der Regel Commiſſion. Denn ein ſo Abgeordneter hat gewöhnlich auch, nach Gelegenheit der Sache, Beſchlüſſe zu faſſen und Verfügungen zu treffen. Dieß kann der Deputirte nie; er hat blos auszurichten, was das Collegium beſiehlt, für das Collegium, nicht nach eigenem Gutdünken zu handeln; letzteres thut der Commiſſar. Der Deputirte tritt ganz in die Stelle des ihn beauftragenden Gerichtes, iſt mit demſelben für eine Perſon zu achten, kann alſo z. B. einen Verhörstermin, den er für das Collegium hält, nur mit der Erklärung, daß er von den Reſultaten deſſelben dem Collegium Vortrag machen wolle, ſchließen, es ſei denn, daß er vom Collegium zur Ertheilung einer gewiſſen Reſolution Namens des erſteren für einen beſtimmt vorausgeſehenen Fall beauftragt iſt. Er kann z. B. am Schluſſe des Verhörstermins, wenn die Parteien ſich nicht vereinigen, ſie Namens des Collegiums zum Verfahren verweiſen, wenn ſolches ihm im Voraus für dieſen Fall aufgetragen iſt. Hier eröffnet er aber blos den Beſchluß des Collegiums. Der Commiſſar hingegen beſchließt im eigenen Namen die Parteien zum Verfahren zu verweiſen, und bewirkt dieß auch commiſſionswegen. Indeß werden die Ausdrücke häufig verwechſelt, namentlich wird bei Einzelrichtern häufiger von Gerichtsdeputationen geſprochen, wenn Unterbeamte ſubdelegirt werden u. ſ. w. Es läßt ſich auch der Fall denken, daß ein höheres Gericht an eine Unterbehörde eine Deputation ſchickt. Dieß geſchieht jedoch nicht im juriſtiſchen Geſchäftsgange, ſondern z. B. zu Be-

88) L. 24. L. 25. §. 1. L. 26. §. 1. D. eod.

1) Z. B. c. 8. C. de serv. fugitivis etc. (6. 1.)

2) Calvini, lexicon iuridic. s. v. Deputati.

3) Vergl. den Art. Commiſſion, Bd. 2, 4. Lief., S. 702.

4) Ebendaſ. und S. 701. Vergl. Gönner, Handbuch des teutſchen Prozeſſes, Bd. 4, Nr. LXXIV, §. 1 u. 2, S. 86. Glück, Pandektencommentar, Th. 3, §. 208, S. 295. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozeſſes, §. 66. Pfotenhauer, doctrina processus, curante Diedemanno, §. 72. inpr. not. 4.

glückwünſchungen ꝛc. Uebrigens können höhere und niedere Behörden deputiren, Unterbehörden nicht committiren[5]).

Deputationen werden ernannt nicht blos von Juſtiz- und Adminiſtrativbehörden, ſondern auch von Corporationen und Collegien aller Art. Die merkwürdigſten der neueren Zeit ſind die der Volkscorporationen im Geiſte des Repräſentativſyſtems, alſo die der Stadtverordneten[6]) und der Ständekammern. Denn die Letzteren anlangend werden nicht nur die von den Wahlcollegien des Volkes ſelbſt gewählten Mitglieder der Ständeverſammlungen Deputirte und wird daher die zweite Kammer, weil dieſe in der Regel ganz aus ſo gewählten Mitgliedern beſteht, häufig die Deputirtenkammer genannt; ſondern die Landſtände ſelbſt beſtellen auch wieder Deputationen. Die von den Wahlcollegien neuerlich zu ernennenden Deputirten ſind zum Theil dadurch nöthig geworden, daß nicht mehr, wie ſonſt, gewiſſe ganze Claſſen der Staatsbürger an den Landtagsverhandlungen Theil nehmen, ſondern die ganze Claſſe eine gewiſſe Anzahl von Deputirten[7]) zur Beſuchung des Landtages aus ihrer Mitte ernennen muß. Das Merkwürdigſte dabei iſt, daß, in gänzlicher Anomalie von dem eigentlichen und oben angegebenen Begriff eines Deputirten, die ſämmtlichen zu den landſtändiſchen Verſammlungen ernannten Deputirten nicht an den Willen ihrer Wähler und ſogenannten Committenten gebunden, zur Vertretung der Sonderintereſſen derſelben keineswegs, ſondern vielmehr zur Vertretung ſämmtlicher Nationalintereſſen im Allgemeinen, ohne Parteilichkeit für gedachte Sonderintereſſen, verpflichtet ſind[8]). Anders iſt es bei den Deputationen der landſtändiſchen Verſammlungen ſelbſt. Dieſe ſind blos im Namen des Collegiums, von welchem ſie ernannt wurden, zu handeln befugt, und werden als Eine Perſon mit dem Collegium angeſehen. Sie ſind beſtimmt entweder zur Vorbereitung und Vorbearbeitung der bei dem Collegium zur Discuſſion kommenden Gegenſtände, — dafür werden oft ſogleich beim Beginn des Landtages gewiſſe ſtändige Deputationen ernannt, — oder zur Ausführung deſſen, was das Collegium beſchloſſen hat, Uebergabe einer Schrift bei dem Landesherrn u. ſ. w. Zu dieſer Art von Deputationen gehören auch die ſogen. Landesdeputationen, landſchaftlichen Ausſchüſſe, welche bei dem Landtage erwählt werden, um auch nach beendigtem Landtage, in der Zwiſchenzeit bis zum Beginn eines neuen, die Rechte der Landſchaft zu wahren und namentlich auf „die Vollziehung der zwiſchen dem Landesfürſten

---

5) Martin a. a. O. §. 289, Note d. Glück a. a. O. §. 198.

6) Z. B. im Königreiche Sachſen; vgl. allgemeine Städteordnung für das Königreich Sachſen, §. 213 flg., und alphabetiſches Repertorium dazu (von Buddeus, Leipzig 1834) u. d. W. Deputationen.

7) Das Nähere hierüber ſ. in v. Rotteck und Welcker, Staatslexikon, Bd. 1, 1. Lieferung (Altona und Leipzig 1834) u. d. W. Abgeordnete, S. 102 flg.

8) Maurenbrecher, Grundſätze des heutigen teutſchen Staatsrechtes (Frankfurt a. M. 1837), §. 153. Debes, Aufſätze aus dem Gebiete des bayerſchen bürgerlichen, peinlichen und öffentlichen Rechtes (Würzburg 1837), Nr. X u. XI.

und den Ständen getroffenen Vereinbarungen zu ſehen" [9]). Dieſe Art von Deputationen beſtand ſchon und beſteht in mehreren Ländern noch während der Exiſtenz der älteren oder Feudal-Landſchaftsverfaſſungen, und zwar ſo, daß durch ſie häufig die Zuſammenberufung der ganzen Landſchaft erſetzt, und daß nur Deputationstage (conventus deputationum) gehalten werden [10]).

Offenbar iſt dieß eine Nachahmung der teutſchen Reichsverfaſſung, nach welcher, vorzüglich zu Erhaltung des öffentlichen Friedens und dann zu Aufarbeitung der nach dem Schluſſe des Reichstages noch übrigen Geſchäfte, in der Zeit des Religionsfriedens und bei Aufrichtung der Reichsexecutionsordnung die ſogenannten [11]) ordentlichen Reichsdeputationen (deputationes imperii ordinariae) eingeführt wurden [12]). Der Kurfürſt von Mainz, als Reichserzkanzler, hatte das Recht, dieſe Deputationen Namens des Kaiſers einzuberufen, welche im Reichsabſchiede von 1555 auf die Perſonen der damaligen ſechs Kurfürſten, des Erzherzogs von Oeſterreich, Biſchofs von Würzburg und des von Münſter, des Herzogs von Bayern, Abts von Weingarten und Ochſenhauſen, Grafen von Fürſtenberg und der Abgeordneten der Reichsſtädte Cöln und Nürnberg — den Abgeordneten der Reichsſtädte wollte man häufig auch blos das Prädicat „Deputirte" zugeſtehen — beſchränkt wurden. Später wurde dieß auf deren Nachfolger ausgedehnt und, nach hergeſtellter Religionsparität, beſtanden dieſe Deputationen, außer dem Kurcollegium, aus zwölf katholiſchen und elf evangeliſchen für immer beſtimmten Ständen; der zwölfte evangeliſche war die abgetretene Stadt Straßburg. Der Verſammlungsort dieſer Deputationen war Frankfurt a. M., doch konnten auch andere Orte gewählt werden [13]). Sie hielten in zwei Curien (dem Kur- und dem Fürſtenrathe) ihre Verſammlungen, deren erſterer der Kurfürſt von Mainz, der letzteren der Erzherzog von Oeſterreich präſidirte. Die Propoſitionen dabei geſchahen von einem kaiſerlichen Commiſſarius. Das Reſultat der Beſchlüſſe wurde von Mainz

9) So lauten z. B. die Worte des §. 118 der Landſchaftsordnung des Herzogthums Braunſchweig vom 12. October 1832, welche im ganzen 3. Abſchnitte von den Rechten und Pflichten dieſes Ausſchuſſes handelt, der dort ſich ganz beſonderer Rechte erfreut. Vergl. Miniſterverantwortlichkeit in conſtitutionellen Monarchien (Leipzig 1833), Abſchn. 113, S. 224.

10) Maurenbrecher a. a. O. §. 154, beſ. Note l.

11) Im Reichsabſchiede von 1555, §. 68 (in Schmauß, Corpus iuris publici, Leipzig 1774, S. 180), wurden ſie „die erſcheinenden Kurfürſten, deputirte Fürſten, oder deren abgefertigte Befehlshaber", im wormſer Deputationsabſchiede von 1564 „der Kurfürſten, geordneter Fürſten und Stände Räthe und Botſchafter" genannt, und nur erſt im weſtphäliſchen Frieden heißen ſie: Conventus Deputatorum Imperii Ordinarii (Instr. Pac. Osnab. art. 5. §. 51; bei Schmauß a. a. O. S. 771).

12) Vergl. die Reichsabſchiede von 1555, §. 65 flg., von 1559, §. 49 flg., und von 1564.

13) Der ſpeyerſche Reichsabſchied von 1570 (in der Sammlung der Reichsabſchiede Tit. III, S. 286 flg.) ſagt: wollen einen Reichs-Deputations-Tag gen Frankfurt, oder aber wo es ſonſt den Sachen am gelegenſten ſein ſoll, ausſchreiben.

in die Form eines Receſſes gebracht — Reichsdeputationsabſchied, Reichsdeputationsreceß (recessus deputationis imperii) — publicirt, und hatte, wenn auf dem Reichstage vorher der Deputation das Recht Beſchlüſſe zu faſſen (facultas decidendi) ſpeciell ertheilt worden war, dieſelbe Giltigkeit wie ein Reichsabſchied, — offenbar gegen den Begriff einer bloßen Deputation[14]). Allein die wichtigſten Gegenſtände wurden häufig zu Abkürzung des Geſchäftsganges den Deputationen zur Beſeitigung übertragen. So die gegenſeitigen Beſchwerden der Proteſtanten und Katholiken nach den Reichstagsbeſchlüſſen von 1613 und 1641, wegen deren die dießfallſige Deputation von 1642 bis 1645 verſammelt blieb[15]). Die letzte ordentliche Reichsdeputation dauerte von 1652 bis 1662. — Den ordentlichen ſtehen die außerordentlichen Reichsdeputationen (deputationes imperii extraordinariae) gegenüber. Sie wurden zu Beſorgung einzelner Geſchäfte, entweder zur Vorbereitung eines Vortrags beim Reichstage oder zu Geſchäften, zwar Namens des Reichstages, aber abgeſondert von demſelben, aus den drei Reichstagscollegien, jedoch unter Beobachtung der Religionsparität, in jedem einzelnen Falle gewählt. Indeß glaubten einige derjenigen Reichsſtände, welche zu den ordentlichen Reichsdeputationen gehörten, auch auf die ſtete Theilnahme an jenen ein Recht zu haben[16]). Die letzte außerordentliche Reichsdeputation wurde am 24. Auguſt 1802 zur Vollziehung des lüneviller Friedens niedergeſetzt. Nicht ein kaiſerlicher Commiſſarius, ſondern der franzöſiſche Miniſter Laforeſt und der ruſſiſche Miniſter von Klüpfel legten dieſer Deputation einen gemeinſchaftlich genehmigten Entſchädigungsplan für die einzelnen teutſchen Fürſten, in Folge der franzöſiſchen Occupationen, am 18. Auguſt 1802 vor, welcher mit einigen, am 9. Oct. deſſelb. J. genehmigten Modificationen die Grundlage des am 25. Februar 1803 gefaßten Reichsdeputationsſchluſſes wurde, der am 28. April 1803 die kaiſerliche Ratification erhielt. Dadurch wurde der Zuſtand des teutſchen Reichs und des teutſchen Reichsſtaatsrechtes weſentlich verändert und der nächſte Grund zur Auflöſung des teutſchen Reichsverbandes (1806) gelegt[17]).

Buddeus.

Derelictio heißt das Aufgeben des Beſitzes einer Sache von Seiten des Eigenthümers in der Abſicht, daß die Sache nicht mehr in ſei-

14) Ueber alles dieß vergl. **Struve**, corpus iuris publici (Jenae 1738), cap. 23, §. 59 sq.; **Pütter**, elementa iuris publici germanici (Göttingae 1766), lib. III. cap. V. §. 239 sq.; **Schmalz**, das teutſche Staatsrecht (Berlin 1825), §. 166.

15) **Eichhorn**, teutſche Staats- u. Rechtsgeſchichte, Th. 4, (Berlin 1836), §. 520, beſ. Note f. **Pütter**, Grundriß der Staatsveränderungen des teutſchen Reichs, §. 85, Note 9, S. 249.

16) Vergl. **Struve** l. c. §. 64; **Pütter**, elem. iur. publ. l. c. §. 244 sq.; **Schmalz** a. a. O.

17) **Gaspari**, der Deputationsreceß, mit hiſtor., geogr. und ſtatiſt. Erläuterungen ꝛc. 2 Theile, Hamburg 1803. Erläuterung des 45. Art. des Reichsdeputationsſchluſſes vom 25. Horn. 1803 ꝛc. Cöln 1805. Pragmatiſche Geſchichte der teutſchen Reichsverhandlungen von dem neueſten Deputationshauptſchluſſe bis gegen Ende des Jahres 1804. Regensburg 1805.

nem Eigenthume ſtehen ſolle [1]), ohne Unterſchied, ob dieſe Sache eine körperliche oder unkörperliche iſt [2]). Sachen, deren Beſitz auf dieſe Weiſe aufgegeben worden iſt, heißen in der Kunſtſprache der neueren Juriſten res derelictae, in der der römiſchen hingegen res pro derelicto habitae [3]). Die Erforderniſſe, welche vorliegen müſſen, um dieſen Begriff zu verwirklichen, ſind 1) die Aufgabe des Beſitzes von Seiten des Eigenthümers [4]). Dieß iſt nach den allgemeinen Regeln, welche vom Beſitze gelten, zu beurtheilen; und wenn ſchon die römiſchen Rechtsquellen in dieſer Beziehung bald von omittere [5]), relinquere [6]), eiicere, proiicere [7]) und abiicere ſprechen, ſo kann dieß nur beiſpielsweiſe geſagt erſcheinen, nicht aber, um eine beſtimmte Gattung der Beſitzaufgabe als Erforderniß der Dereliction hervorzuheben. — Als Eigenthümer kann aber hier nicht blos derjenige betrachtet werden, deſſen Willkür die fragliche Sache vollſtändig unterworfen iſt, ſondern man muß auch den Berechtigten dahin rechnen, wenn von der Aufgabe von Rechten die Rede iſt. 2) Die Erklärung des Eigenthümers bei der Beſitzaufgabe, daß er die Sache nicht mehr als eigene Sache anſehen wolle. Am deutlichſten wird dieß Erforderniß in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen hervorgehoben [8]); allein auch die claſſiſchen Juriſten beſtätigen dieſe Bemerkung, wenn ſie die Dereliction an ſolchen Sachen in Abrede ſtellen, welche im Sturme über Bord geworfen werden, um der Gefahr zu entgehen [9]). Vielmehr verbleiben dieſelben im Eigenthume des bisherigen Eigners, da zu vermuthen ſteht, daß er dieſelben zurücknehmen werde, falls er ſie wieder auffinde, ja dieſelben wieder aufſuchen würde, wenn er wüßte, wohin ſie gekommen wären [10]). Endlich ſpricht es für die oben aufgeſtellte Anſicht, wenn die claſſiſchen Juriſten die Dereliction leugnen, falls ein zu ſchwer Beladener auf dem Wege etwas von ſich wirft, um es ſpäterhin wieder abzuholen [11]). Aus dem Geſagten ergibt ſich zugleich ſo viel als gewiß, daß

---

1) §. 47. J. de rerum divisione. (2. 1.): Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit.

2) Von usumfructum derelinquere iſt in L. 64. u. 65. pr. D. 7. 1. die Rede, und dieß erklärt L. 48. D. ibidem für identiſch mit recedere ab usufructu.

3) Vergl. Buchholz, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römiſchen Rechtes, S. 73, Note 13.

4) Theoph. Inst. par. II. l. 47. tom. I. p. 258.

5) L. 2. §. 1. D. pro derelicto. (41. 7.)

6) L. 3. D. ibid.

7) L. 9. §. 8. D. de acquir. rerum dom. (41. 1.) L. 8. D. de lege Rhodia. (14. 2.)

8) §. 47. J. 2. 1.

9) L. 9. §. 8. D. 41. 1. L. 58. D. ibid. L. 2. §. 8. D. 14. 2. L. 8. D. ibid. L. 7. D. 41. 7. L. 21. §. 2. D. de acquir. vel amitt. possess. (41. 2.) §. 48. J. 2. 1. Theoph. ad h. l. ed. Reitz. tom. I. p. 258.

10) L. 8. D. 14. 2. Wer ſich an ſolchen Sachen vergreift, begeht nach römiſchen Anſichten einen Diebſtahl. L. 9. §. 8. D. 41. 1. L. 43. §. 10 u. 11. D. de furtis. (47. 2.)

11) L. 8. D. 14. 2.

die Abſicht, die eigene Sache zu derelinquiren, nicht präſumirt werden könne, ſondern der Gegenſtand eines ſpeciellen Beweiſes ſein müſſe; und eine Stelle **Ulpian's**, welche nach der gewöhnlichen Anſicht für die gegentheilige Meinung angeführt wird[12]), beſagt nur ſo viel, daß bei den im Sturme über Bord geworfenen Waaren auf die Abſicht, ſie zu derelinquiren von Seiten des Eigenthümers, mit großer Sicherheit geſchloſſen werden könne, wenn derſelbe wußte oder wiſſen mußte, daß dieſelben durch das Auswerfen vernichtet werden würden. 3) Die Willenserklärung des Eigenthümers muß ſich auf die ganze Sache erſtrecken, ſo weit ſie ſeinem Rechte unterworfen iſt, nicht blos auf einen Theil derſelben. Daher kommt es, daß, wer alleiniger Eigenthümer der Sache iſt, dieſelbe nicht zum Theil derelinquiren, zum Theil im Eigenthume fortbehalten kann, während es umgekehrt dem Miteigenthümer erlaubt iſt, ſeinen Antheil an der gemeinſchaftlichen Sache vollſtändig zu derelinquiren[13]). Bei der Dereliction von Servituten, welche einem gemeinſchaftlichen Grundſtücke zuſtehen, iſt indeß der Verzicht von nur einem Theilhaber wirkungslos, da in der Untheilbarkeit des Rechtes Gründe genug vorliegen, um die Servitut dem ganzen Grundſtücke zu erhalten[14]).

Die juriſtiſchen Wirkungen der Dereliction laſſen ſich alle auf den Rechtsſatz zurückführen, daß es einem Jeden, welchem ein Recht zuſteht, frei ſtehen müſſe, dieß Recht, wenn er will, aufzugeben. Um das Detail dieſer Wirkungen kennen zu lernen, wird es zweckmäßig ſein, zwiſchen den Sachen, welche Gegenſtand des Eigenthums ſind, und den Rechten an fremden Sachen zu unterſcheiden. Im letzteren Falle nämlich erliſcht das Recht ſofort, wenn der Berechtigte erklärt, es nicht länger haben zu wollen, und kehrt zu dem zurück, deſſen Eigenthum durch die Beſtellung der Berechtigung beſchränkt worden war[15]). Im zuerſt genannten Falle hingegen iſt es die allgemeine Wirkung jeder Dereliction, daß die derelinquirte Sache dem erſten Occupanten als Eigenthum zufällt[16]). Nach der in den Juſtinianiſchen Pandekten angenommenen Anſicht des Proculus tritt indeß der Eigenthumsverluſt von Seiten des Derelinquenten nicht eher ein, als bis der Occupant juriſtiſchen Beſitz an der Sache erworben hat[17]), und um dieſe Eigenthümlichkeit zu erklären, nehmen die römiſchen Juriſten die traditio in incertam personam[18]) zu Hilfe, d. h. ſie nehmen an, daß die derelinquirte Sache an eine Perſon übergeben worden

---

12) L. 43. §. 11. D. de furtis. (47. 2.)
13) L. 3. D. 41. 7.
14) L. 34. pr. D. 8. 3.
15) So bei dem Usufructus (L. 48. pr. D. 7. 1. L. 64. u. 65. pr. D. ibid.), bei den dinglichen Servituten (L. 34. pr. D. communia praed. [8. 3.]), bei dem Pfandrecht (L. 5. pr. D. quibus modis pignus. [20. 6.] L. 8. §. 1. D. ibid.)
16) L. 2. §. 1. D. 41. 7. L. 1. u. L. 5. §. 1. D. ibid. §. 47. J. 2. 1.
17) L. 2. §. 1. D. 41. 7. Vergl. auch die Faſſung von L. 5. pr. D. ibidem.
18) §. 47. J. 2. 1. **Theoph.** l. c. L. 5. §. 1. D. 41. 7.

ſei, welche ſich der Tradens nicht beſtimmt gedacht habe [19]). Und gerade aus dieſer Annahme geht deutlich hervor, wie falſch es ſei, die derelinquirten Sachen nach der gewöhnlichen Meinung für Sachen anzuſehen, welche in keines Eigenthume ſtehen (res nullius), wie noch neuerlich von Buchholtz [20]) behauptet worden, da es doch augenſcheinlich iſt, daß nach römiſchen Anſichten das Eigenthum des Derelinquenten erſt von dem Augenblicke an verloren geht, wo der Occupant daſſelbe erwirbt. Dabei verſteht es ſich freilich von ſelbſt, daß die übrigen Erforderniſſe der Occupation zutreffen, d. h. daß von Seiten des Occupanten Beſitzergreifung an der derelinquirten Sache ſtattfinde [21]), verbunden mit der Abſicht, dieſelbe für ſich zu behalten [22]), und daß der Occupant wiſſe, daß die von ihm in Beſitz genommene Sache in der That vom Eigenthümer derelinquirt worden ſei [23]). — Daß auch fremde Sachen derelinquirt werden können, zeigt der Titel der Pandekten pro derelicto (41. 7.). An ſolchen Sachen kann freilich der Occupant das Eigenthum durch die bloße Occupation nicht erwerben, wohl aber erlangt er durch dieſelbe den juriſtiſchen Beſitz der Sache, verbunden mit der Befugniß, ſie zu verjähren, da der titulus pro derelicto zu den im römiſchen Rechte anerkannten Uſucapionsgründen gehört. Doch wird zu dieſer Verjährung erfordert, daß der Verjährende wiſſe, daß die Dereliction in der That erfolgt ſei [24]), wenn ſchon er nicht gewußt hat, von wem die Sache preisgegeben worden iſt [25]). Als titulus pro derelicto kann es aber nicht gelten, wenn Jemand dem Occupanten die Sache abkauft [26]); denn wenn gleich auch hier dem Käufer das Recht der Verjährung nicht abgeſprochen werden kann, ſo ſcheint es den Umſtänden doch angemeſſen, in dieſem Falle eher an den titulus pro emtore zu denken.

Als Unterart der Dereliction gilt nach den Anſichten der römiſchen Juriſten das Ausſtreuen von Münzen und anderen Miſſilien, welches bei öffentlichen Spielen und den Proceſſionen des Kaiſers und der Magiſtrate oftmals vorkam [27]). Auch hier nahm man die traditio in incertam personam zu Hilfe, da der Ausſtreuende allerdings die Abſicht hatte, das Eigenthum der ausgeſtreueten Deviſen an Andere zu übertragen, aber nicht beſtimmt wiſſen konnte, wer dieſelben an ſich nehmen würde. Heimbach.

Deſervitenjahr [1]). Die unmittelbare Folge der Zulaſſung einer Succeſſion in das Vermögen verſtorbener Pfründner, ohne Unterſchied, ob

19) Schrader, ad §. 47. J. 2. 1.
20) A. a. O. S. 73.
21) L. 1. §. 1. D. 41. 1. L. 30. §. 4. D. ibid.
22) L. 2. §. 1. D. 41. 7., vergl. mit L. 7. §. 3. D. 41. 1. L. 30. §. 4. D. ibid. L. 1. u. 2. pr. D. 41. 7. L. 5. pr. u. §. 1. D. ibid. §. 12 u. 13. J. 2. 1.
23) L. 2. pr. u. L. 5. pr. D. 41. 7.
24) L. 4. u. 6. D. 41. 7. Vergl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der geſammten Verjährungslehre, §. 114, Th. 1, S. 395.
25) L. 4. D. 41. 7.
26) L. 5. pr. D. 41. 7.
27) L. 5. §. 1. D. 41. 7. §. 46. J. 2. 1. Theoph. ad h. l. tom. I. p. 257.
1) Böhmer, J. E. P. lib. III. tit. 5. §. 211 sq.

daſſelbe durch die Kirche erworben worden oder nicht, iſt, daß den Erben eines Geiſtlichen auch die von dem letzteren verdienten, aber noch nicht percipirten Früchte der Pfründe nach Verhältniß des abgelaufenen Theils des letzten Dienſtjahres (annus deservitus) zufallen müſſen. In der Regel waren namentlich in den Capitelſtatuten [2]) die Anfangstage (ſogen. dies critici) für das Verdienſtjahr beſtimmt, und auch jetzt iſt es zunächſt das particulare Recht, welches hier die Norm geben muß. Wo jedoch dieſes ſich nicht ausgeſprochen hat, muß der Anfang des Deſervitenjahres nach dem Dienſtantritte des verſtorbenen Beneficiaten bemeſſen werden. Die dem letzteren zuſtändig geweſenen regelmäßigen Einkünfte eines Jahres werden zu einer Maſſe angeſchlagen, und darnach die Zeit zwiſchen jenem Anfangspunkte und dem Todestage vertheilt, mit welchem ſie aufhören, ſobald nicht particularrechtlich den Erben der Fortgenuß für eine weitere Zeit, alſo z. B. den Monat oder das Quartal, in welchem der Beneficiat ſtarb (Sterbemonat, Sterbequartal), und zuweilen ſelbſt noch für die folgende Zeit (Gnadenquartal, Gnadenhalbjahr, Gnadenjahr) verſtattet iſt. Insbeſondere iſt nach dieſem Grundſatze in Ermangelung particularer Rechtsvorſchriften auch der Ertrag der Beneficialgrundſtücke zu Geld anzuſchlagen und zu vertheilen, unter Anrechnung der auf die Beſtellung beiderſeits verwandten Koſten. Endlich muß dieſelbe Vorſchrift rückſichtlich des Pachtgeldes in Anwendung gebracht werden. Richter.

Deſſau (Anhalt-), eines der drei anhaltiſchen Herzogthümer, welches aus ſechs von einander getrennten Landestheilen beſteht, enthält 17 □ Meilen, und in 8 Städten, 2 Marktflecken, 101 Dörfern und 13 Vorwerken, nach der Zählung vom J. 1837 60,945 Einwohner, worunter 1602 Juden, von welchen 743 auf die Stadt Deſſau kommen. Die Reſidenzſtadt iſt Deſſau. — Durch den Theilungsvertrag von 1603 hatte Johann Georg I. dieß Herzogthum erhalten, deſſen Sohn Johann Kaſimir 1660 ſtarb. Dem Letzteren folgte Johann Georg II., welcher ſich mit Henriette Katharina, Prinzeſſin von Oranien, vermählte und 1669 Groß-Alsleben erwarb. Er gründete die Stadt Oranienbaum, bemühte ſich aber vergebens Aſchersleben wieder zu erhalten, und die alten Anſprüche des fürſtlichen Hauſes auf Sachſen-Lauenburg durchzuſetzen, und nahm, nebſt den übrigen Fürſten Anhalts, Titel und Wappen der Herzoge zu Sachſen an, worauf er 1693 verſtarb. Seine Gemahlin führte bis 1698 für ihren einzigen Sohn Leopold I. die Vormundſchaft, welcher ſich durch ſeine kriegeriſche Laufbahn und glänzenden Feldzüge berühmt gemacht hat, und durch ſeine Verdienſte um das königlich preußiſche Haus, deſſen Militärweſen er ſehr verbeſſerte, ſo wie durch ſeine Verdienſte um Kaiſer und Reich bekannt iſt. Er that außerordentlich viel für ſein Land, erwarb 1717 das Amt Gröbzig von Bernburg, kaufte viele Güter im Auslande und ſtarb 1747, worauf ihm ſein Sohn Leopold Maximilian folgte, der aber ſchon vier Jahre nachher wieder mit Tode abging. Da deſſen Sohn

---

2) Dürr, de annis gratiae canonicorum ecclesiarum cathedralium et collegiatarum in Germania; in Schmidt, thes. iur. eccl. T. VI. p. 178.

Leopold Friedrich Franz noch unmündig war, ſo verwaltete der Oheim, Fürſt Dietrich, das Land bis 1758, Franz aber ſorgte nach angetretener Regierung wahrhaft väterlich für ſeine Unterthanen, und erſtreckte dieſe Sorgfalt auch auf den 1797 erhaltenen zerbſter Antheil. Was er während ſeiner langen Regierung für ſein ganzes Land gethan, wie er die durch den Krieg demſelben geſchlagenen Wunden zu heilen wußte, wie er durch treffliche Einrichtungen und Stiftungen des Landes Wohlfahrt beförderte und daſſelbe zu einem Garten umſchuf, wird ſein Andenken für alle Zeiten ſegensreich erhalten. Er nahm 1807 den herzoglichen Titel an, und ſtarb den 9. Auguſt 1817; ihm folgte ſein Enkel, der jetzt regierende Herzog Leopold Friedrich, geboren den 1. Oct. 1794. Dieſer traf manche heilſame Veränderung in der Verwaltung, ließ ſich die Verbeſſerung der Rechtspflege angelegen ſein, hob im Jahre 1819 die den Domänenpächtern überlaſſenen Untergerichte auf, welche in zwei neuerrichtete Juſtizämter vereinigt wurden, und bewirkte die Vereinigung der lutheriſchen und reformirten Kirche 1827 zu einer evangeliſch-chriſtlichen. — Unter ihm ſchloß ſich Anhalt-Deſſau 1828 dem preußiſchen Zollverbande an; übrigens ſtellt das Herzogthum zum Bundescontingent 529 Mann.

Der jedesmalige regierende Herzog zu Anhalt-Deſſau führt den Titel: regierender Herzog zu Anhalt, Herzog zu Sachſen, Engern und Weſtphalen, Graf zu Ascanien, Herr zu Zerbſt, Bernburg und Gröbzig, und dieſer Titel unterſcheidet ſich von dem der beiden anderen Herzöge nur dadurch, daß Zerbſt vor Bernburg geſetzt und zuletzt noch Gröbzig hinzugefügt iſt. Das anhalt-deſſauiſche Wappen, über welchem eine Herzogskrone befindlich iſt, beſteht nebſt dem Herzſchilde aus zwölf Feldern, auf welchen ſechs Helme mit Zierrathen ruhen, und wird von zwei ſchwarzen gekrönten Bären mit goldenem Halsbande gehalten, iſt daher von dem früheren fürſtlichen nur durch die nunmehrige herzogliche Krone unterſchieden. — Der Herzog iſt unumſchränkt (ſouverain), beſitzt die höchſte vollziehende Gewalt, und alle Staatsämter ſind von ihm abhängig; ſeine perſönlichen Angelegenheiten beſorgt das geheime Cabinet. Das Hofmarſchallamt führt die Aufſicht über die herzoglichen Schlöſſer und Gärten im Alt-Deſſauiſchen, über die herzogliche Küche und Keller und die dabei angeſtellten Perſonen, während im zerbſter Antheile die herzoglichen Schlöſſer und Gärten unter einem Forſtmeiſter ſtehen. Dem Oberſtallmeiſter iſt der herzogliche Marſtall und dem Oberjägermeiſter das Jagdweſen nebſt den dabei angeſtellten Perſonen untergeordnet. Das Oberjägermeiſteramt kann übrigens, bei Unterſuchung und Beſtrafung von Wilddiebſtählen durch die behörigen Criminalgerichte, einen fiscaliſchen Anwalt beſtellen, bloße Jagdfrevel aber, bei welchen kein Verdacht eines beabſichtigten Wilddiebſtahls vorliegt, ſelbſt beſtrafen; gegen ſeine Strafbefehle findet blos die Beſchwerdeführung beim regierenden Herzog ſtatt. — Die Verwaltungsbehörden des Landes betreffend, ſo ſind die Landesregierung und die Kammer in Deſſau die oberſten Juſtizbehörden. Jene, unter welcher alle Juſtizämter ſtehen, iſt die erſte Inſtanz der ſchriftſäſſigen Perſonen (jedoch nicht in peinlichen Unterſuchungsſachen) und der ſchriftſäſſigen Sa-

chen, führt die Aufſicht über die ſtädtiſche Communalverwaltung, das Erbſchaftsſtempelweſen, alle Erbzinsſachen und jüdiſche Gemeindeſachen, und verwaltet die Brandcaſſe; die Innungsſachen aber ſind, nach einer Verordnung vom 31. December 1833, zwiſchen ihr und der herzoglichen Kammer vertheilt; ſie gibt in allen peinlichen Sachen, wo über zwei Wochen Gefängnißſtrafe oder 5 Thlr. Geldſtrafe zu erkennen iſt, das erſte Erkenntniß, und von ihr geht die Appellation an das Oberappellationsgericht in Zerbſt; zugleich iſt ſie der Lehnshof, prüft die im Juſtizfache Anzuſtellenden, hat die Disciplinaraufſicht über die darin Angeſtellten, und redigirt die Geſetzſammlung. Sie bildet auch das Conſiſtorium, wozu noch ein geiſtlicher Conſiſtorialrath, der zu Zerbſt jedesmalige angeſtellte Superintendent, gehört. Dieſem Collegium ſind die Geiſtlichen und Schullehrer und ihre Angelegenheiten unterworfen, und alle die Kirchen und die Ehe betreffenden Sachen werden von demſelben verhandelt; doch gehören Beſchwerden der Eheleute wegen übler Behandlung, ſofern daraus nicht wenigſtens auf Trennung von Tiſch und Bett angetragen wird, vor die ordentlichen Civilgerichte der Perſon. Die Landesregierung beſteht aus einem Präſidenten, vier Räthen, zwei Kanzleiſecretären, einem Regiſtrator und zweien Regierungsboten, bisweilen ſind auch noch Referendare dabei angeſtellt. — Die Kammer, welche früher den zu wenig bezeichnenden Namen Rentkammer führte, bildet, nach der landesherrlichen Bekanntmachung vom 8. December 1832, die neuen Einrichtungen in der Verwaltung der Finanz- und Polizeiangelegenheiten u. ſ. w. betreffend, die oberſte Verwaltungsbehörde in Betreff der inneren Angelegenheiten und in Polizei- und Verwaltungsſachen, und mit ihr ſind die Grenzcommiſſion, die Steuerdirection und die Direction des zerbſter Zucht- und Zwangsarbeitshauſes vereinigt; die Armen- und Arbeitscommiſſion zu Deſſau aber, unter welcher wiederum die Armenvorſtände in den Städten und Dörfern ſtehen, nachdem das Landarmenweſen im altdeſſauiſchen Lande durch ein Geſetz vom 12. Juni 1830 und hierauf das Armenweſen der Reſidenzſtadt Deſſau durch ein Geſetz vom 18. Dec. 1831 eine neue Einrichtung erhalten hatte, ferner die ſeit 1793 niedergeſetzte Medicinalcommiſſion, welche künftig nur eine techniſch rathgebende Behörde in medicinal-polizeilichen und gerichtlichen Angelegenheiten bildet, und das Bauamt für alle zum Kammerreſſort gehörigen Bauangelegenheiten ſind ihr als Oberbehörde untergeordnet. Die Kammer bildet ein Collegium unter dem Vorſitz eines Kammerpräſidenten, und beſteht aus drei Abtheilungen. Die erſte Abtheilung des Inneren und der Polizei übernimmt 1) alle inneren Angelegenheiten der Landeshoheit und die der Grenzcommiſſion bisher übertragenen Geſchäfte, das Poſtweſen, das Communalweſen, ſo weit daſſelbe nicht zum Reſſort der Regierung gehört, die Aufſicht über alle öffentlichen Anſtalten, das Armenweſen u. ſ. w.; 2) die geſammte Handels- und Gewerbepolizei, mit Ausſchluß deſſen, was zur Innungsverfaſſung gehört und von der herzogl. Regierung bearbeitet wird; 3) die Medicinal- und Geſundheitspolizei, die Anſtellung der Aerzte, Wundärzte und Hebammen, die Oberaufſicht über Kranken- und Irrenhäuſer u. ſ. w.; 4) die geſammte Sicherheits- und Ordnungspolizei, die

Aufſicht über alle Gefängniſſe, Zucht-, Straf- und Correctionsanſtalten u. ſ. w.; 5) das Militärweſen, ſo weit hierbei Einwirkung der Civilbehörde, und 6) das Bauweſen, ſo weit es bei den zum Reſſort dieſer Abtheilung gehörenden Gegenſtänden ſtattfindet. — Die zweite Abtheilung, die Domänendirection, bearbeitet alle Angelegenheiten, welche ſich auf die Verwaltung der Domänen und herzogl. Privatgüter, die landwirthſchaftliche Polizei, und zugleich auf die Anlegung und Erhaltung der Kunſtſtraßen, Wege und Dämme und das Bauweſen, ſo weit es hierbei vorkommt, beziehen. — Die dritte Abtheilung, die Steuerdirection, hat das geſammte Steuerweſen unter ſich. Jeder dieſer drei Abtheilungen ſteht ein Rath als Dirigent vor, welcher in der Regel ohne Concurrenz der übrigen Mitglieder der Kammer in ſeinem Geſchäftskreiſe verfügt und die Sache zum Schluß bringt; nur für Rechts-, Medicinal- und Bauſachen ſind ein Juſtitiarius, ein Medicinalrath und ein Baurath beſtändige Correferenten. — Die Rechnungskammer iſt nach einer landesherrlichen Bekanntmachung vom 16. November 1832 (Geſetzſammlung Nr. 77, S. 517), die herzogl. Rechnungskammer, ihre Einrichtung und ihre Stellung zu anderen herzogl. Behörden betreffend, dazu beſtimmt, nicht nur die Oberreviſion ſämmtlicher Rechnungen aller zum Staatshaushalte gehörigen Verwaltungen und Caſſen zu bewirken, ſondern auch darüber zu wachen, daß die für die geſammte Finanzverwaltung und ihre einzelnen Zweige feſtgeſtellten allgemeinen Grundſätze, Etats und Inſtructionen gehörig gehalten, beobachtet und darin keine, von dem regierenden Herzoge nicht ausdrücklich genehmigte, Abänderungen gemacht werden. Sie iſt aus einem Director und einem Rechnungsrathe zuſammengeſetzt, denen ein Hauptbuchhalter und zwei Calculatoren beigegeben ſind, und ſteht unter dem unmittelbaren Befehle des Herzogs. Von denjenigen Caſſen, deren Rechnungen ſie zu revidiren hat, ſind die beiden Hauptcaſſen: die Hauptkammercaſſe und die Caſſe der Schuldenverwaltung. — Das Oberforſtamt, welches eine ſelbſtſtändige Behörde iſt, beſorgt alle Forſtangelegenheiten; alle Forſtbediente ſtehen unter ihm, und das Ganze leitet ein Oberforſtmeiſter. — Das ſeit 1791 eingeſetzte Wittwencaſſen-Curatorium verwaltet die allgemeine Wittwencaſſe, und ſteht unter ſpecieller Aufſicht der Landesregierung. Eine beſondere Predigerwittwen- und Sterbecaſſe gibt es außerdem noch im ehemaligen Fürſtenthume Anhalt-Zerbſt. — Die Leopold-Stipendiencommiſſion führt die Verwaltung einer von Leopold Friedrich ſeit 1819 gegründeten gewiſſen Anzahl Stipendien für Söhne auf dem Lande wohnender herzogl. Diener, welche dieſe Söhne in die Hauptſchulen zu Deſſau oder Zerbſt ſchicken wollen, und für Studirende. — Die ſeit 1808 errichtete Kriegscommiſſion beſorgt die Militärangelegenheiten, ſo weit nicht die Einwirkung der Civilbehörden bei Einquartierungen, Lieferungen u. dergl. ſtattfinden muß. Uebrigens bildet ſie die zweite Inſtanz für dienſtthuende Militärperſonen, hinſichtlich der Beurlaubten aber nur wegen militäriſcher Dienſtverbrechen; die erſte Inſtanz für dergleichen Perſonen bilden die Militärgerichte, ſ. Verordnung wegen des Gerichtsſtandes der Militärperſonen vom 30. Sept. 1816 (Sammlung landesherrlicher Verordnungen, 2. Bd. Nr. 387).

Das Herzogthum iſt in 7 Aemter eingetheilt; an der Spitze jedes Amtes ſteht ein Juſtizamtmann, welchem ein Actuarius beigegeben iſt; in der Hauptſtadt Deſſau aber iſt das Juſtizamt und der Magiſtrat zu einem Stadt- und Landgerichte ſeit 1834 vereinigt worden, bildet das 8. Amt, umfaßt den Amts- und Rathsbezirk der Stadt Deſſau und die zu dem Amte Deſſau gehörigen Ortſchaften mit deren Feldfluren, und beſteht aus einem Director mit dem Juſtizrathstitel, zweien Räthen, einem Secretär und einem Regiſtrator. Die Juſtizämter verwalten die Civilgerichtsbarkeit in erſter Inſtanz über alle Perſonen und Grundſtücke, welche nicht ſchriftſäſſig ſind, auch über die Dienſtboten der Schriftſaſſen und commiſſionsweiſe über ſolche Dienſtboten, die in ſchriftſäſſigen Häuſern wohnen, ſodann die Criminalgerichtsbarkeit in allen in ihren Bezirken ſich ereignenden Criminalfällen, die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Hypothekenweſen, die Vormundſchaftsſachen, während die Landesregierung Obervormundſchaftsbehörde iſt, und das Conſcriptionsweſen. Denſelben Wirkungskreis hat auch der Stadtrath zu Zerbſt in ſeinem Bezirke; dieſem ſowohl als den Juſtizämtern, ſowie den Untergerichten überhaupt, iſt die Befugniß ertheilt, über folgende peinliche Verbrechen ſelbſt zu erkennen: 1) über wörtliche und über ſolche leichte Realinjurien, welche keine Spur äußerlicher Verletzung hinterlaſſen oder keinen directen nachtheiligen Einfluß auf die Geſundheit gehabt haben; 2) über den erſten kleinen, ſimpeln, nicht qualificirten Diebſtahl, wenn der Werth des Geſtohlenen nicht über fünf Thaler austrägt; 3) über alle Arten des gemeinen, nicht qualificirten Betrugs (falsa), wenn das Object des Betruges nicht über fünf Thaler ausmacht. Gegen ſolche Straferkenntniſſe findet blos die Appellation an die Landesregierung ſtatt, welche das zweite Erkenntniß abfaßt, wobei es ſein Bewenden behält. — Neben den Juſtizämtern beſtehen die Stadträthe oder Magiſtrate in den Städten, theils als Verwaltungsbehörden in Gemeindeangelegenheiten, theils als Staatsbehörden, und bilden als erſtere ein Collegium, das mindeſtens drei Mitglieder enthalten ſoll. Der im J. 1834 neu organiſirte Stadtrath zu Deſſau, welcher der vereinigten Amts- und Rathsgemeinde dieſer Stadt in deren Gemeindeangelegenheiten vorgeſetzt iſt, mit der Gerichtsverwaltung aber ſich nicht weiter befaßt, beſteht aus dem Stadt- und Landgerichtsperſonale, zwei Kämmerern und ſieben Rathsherren. Der Stadtrath zu Zerbſt, der bedeutendſten von allen anhaltiſchen Städten, iſt jetzt aus einem Oberbürgermeiſter, zwei Bürgermeiſtern, einem Kämmerer, zwei Rathmännern, einem Stadtſecretär, einem Regiſtrator und einem Kammerſchreiber zuſammengeſetzt. Die ſtädtiſche Obrigkeit führt in ihrer Eigenſchaft als Verwaltungsbehörde der ſtädtiſchen Angelegenheiten die geſammte Verwaltung derſelben, und es ſind ihr in dieſer Hinſicht ſowohl alle einzelne Mitglieder der Gemeinde, als auch alle zu öffentlichen Zwecken beſtehende, ſtädtiſche Behörden, ingleichen ſtädtiſche Corporationen und Stiftungen, in ſo weit deren Statuten nicht etwas Anderes beſagen, untergeben und zum Gehorſam verpflichtet. Als Staatsbehörde iſt die Stadtobrigkeit berechtigt und verpflichtet, nicht nur darauf zu ſehen, daß die beſtehenden Landesgeſetze und Vorſchriften beobachtet werden, ſondern auch die Aufträge, welche ihr in Lan-

desangelegenheiten von den Staatsbehörden im Umkreiſe der Stadt gemacht werden, zu übernehmen und auszuführen, und ſie iſt in dieſer Hinſicht blos der betreffenden Staatsbehörde untergeordnet. Ferner iſt ſie die einzige ausführende Behörde, jedoch können zur Verwaltung einzelner Geſchäftszweige in jeder Stadt auch Deputationen und Commiſſionen gebildet werden. Inſofern nicht beſondere Polizeibehörden beſtellt ſind, iſt ſie auch verbunden, die Polizeiverwaltung in der Stadt zu übernehmen, wobei ſie aber blos im Auftrage des Staates handelt. Da, wo beſondere Polizeibehörden angeordnet ſind, hat ſie die Polizeibehörde zu unterſtützen. Um das geſammte Städteweſen des Herzogthums zu einer ſolchen Selbſtſtändigkeit und Gleichförmigkeit hinzuführen, daß die Stadtgemeinden und die ihnen vorgeſetzten ſtädtiſchen Obrigkeiten in den Stand geſetzt werden, ohne ein häufiges und zu ſehr in das Einzelne gehendes Einſchreiten der höheren Behörden die beſonderen ſie betreffenden Gemeindeangelegenheiten in einem durch das Geſetz ſelbſt geregelten Geſchäftsgange zu beſorgen und ihr eigenes Gemeindewohl zugleich im Sinne des geſammten Staatszweckes und im Einklange mit dem letzteren zu befördern, iſt am 29. December 1832 (Geſetzſammlung Nr. 79, S. 537) eine Städteordnung für das Herzogthum Anhalt=Deſſau bekannt gemacht worden, wonach unter Anderem nicht nur der ſtädtiſchen Obrigkeit ihr Geſchäftskreis angewieſen iſt, ſondern auch Stadtverordneten eingeſetzt worden ſind, deren Anzahl für jede Stadtgemeinde nach Verhältniß ihrer Größe und des Umfanges der ſtädtiſchen Angelegenheiten durch ein beſonderes Statut beſtimmt iſt, jedoch nicht unter 9 und nicht über 24 betragen ſoll, und in gleicher Zahl ſollen auch Stellvertreter gewählt werden, und dieſe ſowohl als jene ſind verbunden, ihre Stelle ſechs Jahre lang zu verwalten. Hierbei iſt zu erwähnen, daß durch eine herzogliche Verfügung vom 22. October 1827 die alten Statuten der Stadt Zerbſt wegen der Dunkelheit, Zweideutigkeit und Unvollſtändigkeit ihrer privatrechtlichen Beſtimmungen aufgehoben worden ſind. — Sowohl der Stadtrath zu Deſſau, als der zu Zerbſt übte früher die Polizei unter ſeiner Gerichtsbarkeit aus; allein im J. 1786 wurde in Deſſau eine eigene Polizeibehörde eingeſetzt, welche jedoch erſt 1809 ihre jetzige Einrichtung erhielt und an deren Spitze ein Polizeidirector ſteht. Seit 1825 iſt in Zerbſt ebenfalls ein eigenes Polizeiamt errichtet, welches ein Director leitet. In den Vorſtädten iſt den Richtern in ihrem Bezirke die Polizeiinſpection übertragen. Sämmtliche Polizeibehörden ſind der Kammer, als Oberlandespolizeibehörde, untergeordnet, und die ſtädtiſchen haben nebſt den Feuercommiſſären auf dem Lande die Feuerlöſchanſtalten unter ſich. Eine erneuerte Feuerordnung v. 1. Februar 1826 iſt am 25. Februar deſſelben Jahres für die anhalt=deſſauiſchen Lande, jedoch mit Ausnahme der Stadt Zerbſt, wo die dortige beſondere Feuerordnung in Kraft bleibt, und eine erneuerte Brandcaſſenordnung vom 1. November 1826, am 25. November deſſelben Jahres bekannt gemacht worden. In den Dörfern handhaben die Dorfgerichte die niedere Polizei, und beſorgen die Gemeindeangelegenheiten. — Die adeligen Gerichte verwalten Gerichtshalter (Juſtitiarien), welche durch die Landesregierung verpflichtet werden. — Die Zahl der Sachwalter des Her=

zogthums, Regierungsadvocaten genannt, iſt auf eine von dem regierenden Herzog genehmigte Normalzahl feſtgeſetzt, laut Verordnung vom 7. Jan. 1823. — Zur Sicherheit des Landes wurde 1810 eine Gensdarmerie aus reitenden und Fußgensdarmen errichtet, deren Obliegenheiten in dem Reglement vom 12. Auguſt 1810 enthalten ſind, und welche als zur Polizei gehörig unter der Kammer ſteht. — Ein Zucht- und Zwangsarbeitshaus, welches bis 1801 zum Waiſen- und Armenhauſe diente, iſt in Zerbſt, worin nicht nur Verbrecher und Vagabunden aufgenommen werden, ſondern welches auch als Beſſerungsanſtalt für faule und liederliche Inländer benutzt wird. Demſelben ſteht ein Inſpector vor, und die Aufſicht darüber hat der jedesmalige Juſtizbeamte in Zerbſt, die Oberaufſicht aber die ſchon oben erwähnte Direction.

In Betreff der Rechtsverfaſſung des Herzogthums gilt auch hier, was bereits unter dem Artikel Anhalt als Geſammthaus von den früheren Landesordnungen und dem Geſammt-Oberappellationsgericht erwähnt iſt. Auch die kurſächſiſchen Conſtitutionen gelten jetzt in den geſammten anhalt-deſſauiſchen Landen. In den vormals anhalt-zerbſtiſchen Landen war die Beziehung darauf durch die Kanzlei- und Conſiſtorialordnung vom 20. April 1687 verboten. Aber dieſes Geſetz iſt zwar nicht ausdrücklich aufgehoben, in Betreff dieſes Punktes jedoch außer Anwendung gekommen. — In der neueren Zeit erſchienen viele Verordnungen, welche jedoch größtentheils nur polizeiliche Verfügungen ſind und zunächſt in dem deſſauiſchen Wochenblatte bekannt gemacht worden waren, im Jahre 1784 aber geſammelt unter dem Titel herauskamen: „Sammlung landesherrlicher Verordnungen, welche im Fürſtenthum Anhalt-Deſſau ergangen ſind," welche Sammlung die Verordnungen vom J. 1691 bis 1784 umfaßt. Im J. 1819 erſchien ein zweiter Band der Sammlung dieſer Verordnungen von 1784—1818. Als Fortſetzung derſelben, welche jedoch mehr, als jene, eine genaue Beſtimmung und Feſtſtellung aller Rechtsverhältniſſe beabſichtigt, iſt die im J. 1834 herausgekommene „Geſetzſammlung für das Herzogthum Anhalt-Deſſau" zu betrachten, deren erſter Band die Verordnungen von den Jahren 1818 bis 1828, der zweite die Verordnungen von den Jahren 1829 bis 1833 enthält, welche einzeln als Beilagen zu dem deſſauiſchen Wochenblatte ausgegeben worden ſind. Die ſpäter bekannt gemachten ſind bisher nur einzeln und noch nicht geſammelt erſchienen. Bemerkenswerth von den Geſetzen und Verordnungen größeren Umfanges ſind: die Verordnung wegen der Bankerottirer und Wucherer, vom 12. Juli 1818, die Bauordnung vom 13. März 1819, die allgemeine Innungsordnung für die ſämmtlichen Innungen in den herzoglich anhalt-deſſauiſchen Landen vom 23. Auguſt 1821, das Jagdgeſetz vom 10. März 1830, und das Geſetz: die Beſtrafung der an Gegenſtänden des öffentlichen und Privateigenthums, welche im Freien ausſtehen und Entwendungen und anderen Beſchädigungen vorzüglich ausgeſetzt ſind, begangenen Frevel betreffend, vom 14. Juli 1830. Zur Abhilfe des längſt gefühlten Bedürfniſſes, durch Verbeſſerung der geſetzlichen Formen bei Rechtsſtreitigkeiten in den Gerichten den Gang der Rechtspflege abzukürzen und zu ſichern, wurden im Jahre

1822 Erläuterungen und Verbeſſerungen der anhaltiſchen Prozeßordnung, deren Grundlage die alte kurſächſiſche Prozeßordnung iſt, ſowie Erläuterungen und Verbeſſerungen einiger mit dem Verfahren in gerichtlichen Streitſachen mehr oder weniger zuſammenhängenden Titel der anhaltiſchen Landesordnung herausgegeben unter dem Titel: Erläuterungen, Veränderungen und Zuſätze zu einigen Titeln der anhaltiſchen Landesordnung, desgleichen zu der Prozeßordnung, nebſt einem Anhange zu der letzteren, die ſummariſchen Prozeßarten betreffend, Deſſau 1822. Darin ſind unter Anderem enthalten: die Wechſelordnung, welcher, mit einigen Abweichungen, der Inhalt der in den königlich preußiſchen Staaten eingeführten Wechſelordnung im Weſentlichen zu Grunde gelegt worden iſt, ſowie auch die Sporteltaxe für die Gerichte, gerichtlichen Aerzte und Wundärzte und die Advocaten. Aus dem Anhange, der die ſummariſchen Prozeßarten in ſich faßt, iſt beſonders zu erwähnen, daß deſſen 2. Capitel vom Executivprozeſſe, das 8. vom Conſiſtorial- und insbeſondere vom Eheprozeſſe, das 9. von dem Verfahren in geringfügigen ſtreitigen Rechtsſachen, das 10. vom Rechnungsprozeſſe, das 11. von proviſoriſchen Verfügungen und das 12. endlich von dem Hilfsverfahren handelt, welches letztere ſehr ausführlich dargeſtellt iſt, indem zugleich alle früheren, auf die Hilfsvollſtreckung und öffentliche Verſteigerung ſich beziehenden Landesgeſetze aufgehoben worden ſind. Zu dieſen Erläuterungen, Veränderungen u. ſ. w. ſind wiederum hier und da Entſcheidungen gegeben worden, und werden auch noch ferner gegeben; die erſten ſind vom 10. Juni 1824, und finden ſich in der Geſetzſammlung Nr. 26, S. 157—168; ſodann ſind am 14. März 1827 fernere Entſcheidungen dazu ertheilt worden, Geſetzſammlung Nr. 35, S. 249—256, dann unterm 1. October 1831, Geſetzſamml. Nr. 60, S. 403—422, und zuletzt den 18. Auguſt 1835, Geſetzſamml. Nr. 110, S. 693—695. — Was nun die von dem gemeinen teutſchen Privatrechte und ſächſiſchem Rechte abweichenden oder beſonders eigenthümlichen Beſtimmungen der einzelnen Geſetze des Herzogthums Anhalt-Deſſau betrifft, ſo ſollen dieſelben im Folgenden kürzlich angeführt werden.

Staatsrecht. Hierbei iſt weiter nichts zu erwähnen, als daß Fürſt Leopold in der deſſauiſchen Linie im J. 1727 das Erſtgeburtsrecht einführte, um ſein Land zuſammenzuhalten und eine Theilung unter ſeinen Prinzen zu verhüten; nach einigen Schwierigkeiten erhielt er im J. 1729 die kaiſerliche Beſtätigung darüber.

Kirchenrecht. Ueber das bei Aufgeboten und Trauungen zu beobachtende Verfahren und über die Eheverbote ſpricht eine Verordnung vom 27. Juni 1823 (Geſetzſamml. Nr. 25, S. 149), worin unter Anderem feſtgeſetzt iſt, daß Perſonen, welche keine gerichtlich confirmirte Eheſtiftung vorzeigen können, weder aufgeboten noch getraut werden dürfen; jedoch ſind Fremde, die auswärts anſäſſig ſind, ſowie diejenigen, welche gleich nach der Verheurathung ins Ausland ziehen, von dieſer Verfügung ausgenommen.

Criminalrecht. Wegen der Diebereien des Geſindes hat eine Verordnung vom 10. Juni 1803 (Sammlung landesherrlicher Verordnungen, Bd. 2, S. 256) verſchiedene Beſtimmungen gegeben und beſon-

ders körperliche Züchtigung für kleinere Diebſtähle dieſer Art als Strafe feſtgeſetzt. — Das anhalt-deſſauiſche Jagdgeſetz vom 10. März 1830 (Geſetzſamml. Nr. 48, S. 331) ſtellt mildere Grundſätze, als das cöthenſche auf, indem es z. B. in §. 14 beſtimmt, daß, wer in einem fremden Jagdreviere einen Hirſch erlegt oder entwendet, 80 Thlr. Geld-, oder im Unvermögensfalle nur viermonatliche Gefängnißſtrafe erleiden ſoll; und ſo ſind auch für anderes Wild die Strafen verhältnißmäßig beſtimmt. Wegen Beſtrafung der an Gegenſtänden des öffentlichen und Privateigenthums, welche im Freien der Beſchädigung oder Entwendung vorzüglich ausgeſetzt ſind, begangenen Frevel iſt, mit Aufhebung aller bis dahin dieſerhalb erſchienenen einzelnen Verordnungen ein neues ſtrenges Geſetz unterm 14. Juli 1830 erlaſſen worden, welches unter I. allgemeine Beſtimmungen enthält, und unter II. von Beſtrafung der an einigen beſonders benannten Gegenſtänden des öffentlichen oder Privateigenthums begangenen Frevel handelt, und zuletzt feſtſetzt, daß die Ortscriminalgerichte in ſolchen Straffällen das erſte Erkenntniß fällen dürfen, wenn der angerichtete Schade nicht mehr als 5 Thaler beträgt und der Angeſchuldigte wegen eines ähnlichen Vergehens noch nicht beſtraft worden iſt; außerdem wird das erſte Erkenntniß von der Landesregierung geſprochen. In geringfügigen Straffällen dieſer Art, wo höchſtens auf 5 Thaler Geld- oder achttägige Gefängnißſtrafe erkannt werden kann, ſind auch die Polizeidirectionen zu Deſſau und Zerbſt in ihren Bezirken in einigen beſtimmten Fällen berechtigt, geſetzliche Strafen auszuſprechen, und gegen deren Strafdecrete gehen die Berufungen an die Kammer zu Deſſau. Ein ſehr zeitgemäßes Geſetz iſt die Verordnung wegen der Bankerottirer und Wucherer vom 12. Juli 1818 (Geſetzſamml. Nr. 1, S. 1), welches zwiſchen betrügeriſchen, muthwilligen und unbeſonnenen Bankerottirern unterſcheidet und in §. 3 beſtimmt, daß, wenn ein gefährlicher und betrügeriſcher Bankerottirer ſich gefährlicher Mittel zur Verheimlichung des Betruges, z. B. durch Entfernung oder Verfälſchung der Handelsbücher u. ſ. w. bedient hat; ingleichen wenn der beabſichtigte Betrug von ganz beſonderer und großer Bedeutung iſt, die Strafe bis auf lebenslängliche Zuchthausſtrafe erhöht werden kann. Unbeſonnene Bankerottirer, wenn ſie den chirographariſchen Gläubigern wenigſtens 50 Procent zu zahlen im Stande ſind, ſollen nur die Hälfte der den anderen Bankerottirern beſtimmten Strafen erleiden (§. 12). Ehefrauen der Bankerottirer, welche wiſſentlich am Verbrechen ihres Ehemannes Theil genommen haben, ſollen die Hälfte der dem Letzteren beſtimmten Strafe erleiden und ihr Eingebrachtes verlieren (§. 14). In Betreff des Wuchers ſoll, wenn der feſtgeſetzte höchſte Zinsfuß um mehr als ein Procent überſtiegen iſt, das dargeliehene ganze Capital verfallen ſein, auch überdieß der Gläubiger entweder mit Zuchthaus- und Arreſtſtrafe oder mit dem vierten Theile des Capitals beſtraft werden (§. 32). Rückſichtlich der Alimentation unehelicher Kinder hängt es nach dem Geſetze vom 30. Mai 1815 (Sammlung landesherrl. Verordnungen Bd. 2, Nr. 368), wenn die Mutter mit mehreren Mannsperſonen zu thun gehabt hat, von dem Ermeſſen des Vormundes ab, welche derſelben er zuerſt auf Erfüllung der

dem Kinde ſchuldigen Pflichten in Anſpruch nehmen will (§. 8). Stirbt der Vater vor vollendeter Erziehung, ſo können die unehelichen Kinder die Ausſetzung des noch Fehlenden aus deſſen Nachlaß fordern (§. 24). Sind eheliche Kinder vorhanden, ſo darf dieſer Ausſatz nur auf die Nutzungen angewieſen werden (§. 25). Kein Vertrag irgend einer Art, wodurch die einem unehelichen Kinde ſchuldigen Verbindlichkeiten aufgehoben werden ſollen, iſt rückſichtlich des Kindes für rechtsbeſtändig zu achten, wenn er nicht vom Vormunde und der Obrigkeit genehmigt und mit einer hinlänglichen Caution verbunden geweſen iſt (§. 28). Ueber die Anſprüche unehelicher, von einem verheurattheten Manne während beſtehender Ehe erzeugten Kinder an die Erben des ehebrecheriſchen Vaters ſ. Geſetzſamml. Nr. 60, S. 406. Von Ehe- und Schwängerungsklagen gegen Militärperſonen handeln die Edicte vom 24. December 1794 und 2. März 1804, und die Erweiterung und nähere Beſtimmung dieſer Edicte vom 14. September 1811 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, 338), woraus nur das hervorzuheben iſt, daß Anſprüche wegen Alimentation der außer der Ehe von Militärperſonen erzeugten Kinder gegen Officiere ohne Einſchränkung, gegen Unterofficiere und Gemeine aber nur dann ſtattfinden ſollen, wenn dieſe außer der Löhnung noch eigenes disponibles Vermögen beſitzen. — Wegen Annahme und Auslieferung der Verbrecher hat Anhalt-Deſſau am 17. Oct. 1829 einen Vertrag mit den beiden anderen herzogl. Regierungen bekannt gemacht (Geſetzſamml. Nr. 45, S. 323), wonach, wenn die Gerichtsſtände des Wohnortes, des begangenen Verbrechens und der Ergreifung des Verbrechers nicht unter einem Landesherrn ſtehen, der Gerichtsſtand des begangenen Verbrechens der zuſtändige ſein ſoll. Auch über gegenſeitige Zuweiſung und Annahme abweſend geweſener und in ihr Vaterland zurückkehrender Perſonen und Vagabunden iſt zwiſchen der Kammer zu Deſſau und den Landesregierungen zu Bernburg und Cöthen unterm 15. Jan. 1831 ein Vertrag abgeſchloſſen worden. In Betreff der Koſtenvergütung in Criminalſachen, beſonders gegen unvermögende Perſonen, hat Anhalt-Deſſau mit der preußiſchen Regierung eine Vereinigung getroffen, laut Verordnung vom 22. Juni 1822. Oeffentliche Zwangsarbeiten hat ein Edict vom 17. Nov. 1818 (Geſetzſamml. Nr. 7, S. 29) als Criminalſtrafe eingeführt, wonach lebenslängliche Strafarbeit an der Kette die der Todesſtrafe am nächſten kommende Strafe iſt. Für die bisher übliche dreitägige Nothfriſt zur Einlegung eines Rechtsmittels in Criminalſachen tritt künftig in allen Inſtanzen eine zehntägige Nothfriſt ein (ſ. Verordn. vom 20. Jan. 1837). Uebrigens iſt das Verfahren im Criminalprozeſſe näher beſtimmt in den „Erläuterungen u. ſ. w. zur Prozeßordnung" S. 141 flg.

Privatrecht. Zunächſt iſt hier zu bemerken, daß die Geſchlechtsvormundſchaft für die Weiber, rückſichtlich aller unverheuratheten, nicht unter väterlicher Gewalt ſtehenden, volljährigen Frauensperſonen ſeit dem J. 1822 aufgehoben iſt (Erläuterungen u. ſ. w. S. 65). — In Betreff der Mäkler hat eine Verordnung vom 19. April 1803 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 254) jedes Verſprechen einer Be-

lohnung für die Unterhandlung zur Schließung von Ehen dergeſtalt für nichtig erklärt, daß der Verſprechende nicht allein niemals, ſelbſt wenn er die bündigſten ſchriftlichen oder mündlichen Verſicherungen gegeben hätte, gerichtlich belangt werden, ſondern auch das etwa ſchon Gezahlte als ein indebitum zurückfordern kann. Erwähnenswerth iſt auch, daß jeder von einem Mäkler abgeſchloſſene Contract ungiltig iſt, wenn derſelbe nicht ſchriftlich verfaßt und von den dabei intereſſirten Hauptperſonen durch ihre Unterſchriften vollzogen worden iſt. Aeltere gerichtlich conſentirte und von dem Erwerber eines Grundſtücks mit übernommene Hypotheken, ſowie rückſtändige Kaufgelder, wegen welcher Hypothek vorbehalten iſt, ſollen ſtets dem früheren oder ſpäteren Eingebrachten der Ehefrau des Käufers vorgehen, laut Verordnung vom 30. Sept. 1815. — Was die ſchon oben erwähnte Wechſelordnung anlangt, welche der preußiſchen Wechſelordnung nachgebildet iſt, ſo iſt aus §. 58 derſelben nur anzuführen, daß die blos mündlich geſchehene Acceptation eines Wechſels kein Wechſelverfahren begründet; behält aber der Bezogene den ihm ſelbſt vorgezeigten und eingehändigten Wechſel ohne Erinnerung über Nacht bei ſich, ſo wird dieſes für eine ſtillſchweigende Acceptation geachtet. Uebrigens ſoll bei allen Privatverträgen in Fällen, wo die Münzſorten nicht ausdrücklich beſtimmt ſind, preußiſch Courant als bedungene Münzſorte angenommen werden (Verordn. vom 27. Nov. 1818). — Grundſtücke ſollen ohne ausdrücklichen Conſens des regierenden Landesherrn nicht ſeparirt werden, laut Verordnung vom 1. Mai 1784, und hinſichtlich der unbeſtimmten Triftgerechtigkeiten müſſen ſich nach einem Geſetze vom 28. Nov. 1819 (Geſetzſamml. Nr. 14, S. 63) Beſitzer der Dienſtbarkeit der Uebertrift (servitus actus) gefallen laſſen, daß ihnen, wenn ſolche nicht auf einen beſtimmten Triftweg eingeſchränkt iſt, beſtimmte Triftwege angewieſen werden; auch die unbeſtimmten Fuß- und Fahrwegsgerechtigkeiten ſollen nach den Grundſätzen dieſes Geſetzes vorkommenden Falls näher beſtimmt werden. — Schon ſeit dem 25. Mai 1804 iſt der Judenleibzoll durch eine Verordnung, und der ſogenannte Abzug bereits ſeit dem 23. März 1719 im Innern des Landes durch eine Verordnung aufgehoben worden. Eine Abzugsübereinkunft hat Anhalt-Deſſau mit Cöthen am 28. März 1812, mit Sachſen-Weimar am 25. Mai 1816, mit Preußen am 25. Jan. 1817, mit Würtemberg am 20. Mai 1817, und neuerdings mit dem Königreiche Dänemark und Herzogthume Schleswig am 12. Nov. 1832 abgeſchloſſen, laut der Verordnungen von dieſen Datis. — Was das Erbrecht anlangt, welches übrigens theils nach den Grundſätzen des ſächſiſchen, theils des römiſchen Rechtes beurtheilt wird, ſo iſt ſeit dem J. 1822 die Gerade, das Mustheil und Heergewette gänzlich aufgehoben worden, und das Heimfallsrecht (ius albinagii), welches in den deſſauiſchen Landen überdieß ſchon nicht in Anwendung war, ſoll gegen die Unterthanen des Königreichs beider Sicilien in den deſſauiſchen Landen nach einer Verordnung vom 10. Mai 1819 (Geſetzſamml. Nr. 10, S. 53) nicht ausgeübt werden. Hinſichtlich des Vermögens und der Citation Verſchollener ſetzt ein Edict vom 5. Mai 1788 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 155) feſt, daß, wenn Jemand über 20. Jahre abweſend iſt, und ſeine nächſten Er-

ben die Ausantwortung ſeines Vermögens nachſuchen und eidlich erhärten, daß ſie während dieſer Zeit von ſeinem Aufenthalte, Leben oder Tod keine Nachricht erhalten haben, derſelbe, ſobald ſich Niemand in dem geſetzten Termine einfindet, für todt erklärt, deſſen ſonſtige Erben präcludirt und den ſich gemeldeten legitimirten Erben ſein Vermögen ohne Caution überlaſſen werden ſoll. Sollte aber der Abweſende oder ſeine näheren Erben ſich ſpäterhin melden, ſo können dieſelben das Vermögen zurückfordern. Rückſichtlich im Kriege vermißter oder nicht heimgekehrter Soldaten ſoll jedoch ſchon nach Ablauf dreier Jahre, von Abſchluß des Friedens an gerechnet, die Edictalladung auf Antrag der Verwandten erfolgen. Iſt der Verſchollene in Kriegsdienſten einer fremden Macht nach außereuropäiſchen Colonien geſchickt worden, ſo darf die Edictalladung erſt nach zwanzigjähriger Abweſenheit erfolgen; übrigens braucht der Beſitzer des Vermögens vom Verſchollenen alle wirklich genoſſenen Nutzungen nicht zu reſtituiren, wie in dem zuletzt erwähnten Edicte verordnet worden iſt, ſ. Edict vom 8. März 1818 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 408). Perſonen, welche zur Zeit ihres Todes eine beſtimmte Armengabe von der Armen- und Arbeitscommiſſion genoſſen haben, können von Aſcendenten oder Seitenverwandten nicht beerbt werden (§. 1 der Verordnung vom 21. Jan. 1815; Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 364); dergleichen Perſonen können über ihren Nachlaß auf den Todesfall nicht disponiren (§. 3), und dieſer Nachlaß kann nur auf die Deſcendenten oder Ehegatten derſelben verfällt werden (§. 4). Fehlen dieſe, ſo ſuccedirt die Almoſencaſſe des Ortes (§. 5). Nicht unerwähnt kann endlich noch die Verordnung vom 8. Sept. 1831 (Geſetzſammlung Nr. 57, S. 391) bleiben, welche die Förmlichkeiten der Teſtamentserrichtungen der Perſonen, die ſich in den wegen anſteckender Krankheiten geſperrten Häuſern, Straßen oder Gegenden befinden, ingleichen die Verſchonung derſelben mit Ungehorſamsſtrafen des bürgerlichen Rechtes und Rechtsausſchließungen betrifft, und welche die wegen der Teſtamente der Soldaten beſtehenden geſetzlichen Vorſchriften auf alle ſolche Perſonen unter näheren Beſtimmungen angewendet wiſſen will. Die letztwilligen Verordnungen ſolcher Perſonen ſind von den bei Errichtung feierlicher Teſtamente vorgeſchriebenen Förmlichkeiten völlig frei (§. 4 der genannten Verordnung). Ein von dem Teſtamentserrichter eigenhändig geſchriebenes und unterſchriebenes Teſtament iſt völlig giltig (§. 5). Auf die äußere Form kommt dabei nichts an (§. 6). Hat der Teſtator den Aufſatz blos unterſchrieben, ſo iſt die Mitunterſchrift auch nur eines glaubwürdigen Zeugen hinreichend (§. 7). Ein in einem abgeſperrten Hauſe von einem Anderen aufgenommener, von dem Teſtator nicht unterzeichneter letzter Wille abgeſperrter Perſonen iſt völlig rechtsgiltig, ſobald nur die Aufnahme in Gegenwart zweier, gleichviel, ob weiblicher oder männlicher, Zeugen geſchehen iſt (§. 11). Dergleichen Teſtamente gelten, wenn der Teſtamentserrichter nicht während der Sperre geſtorben iſt, noch auf ein halbes Jahr nach aufgehobener Sperre (§. 12). Mündliche letztwillige Verordnungen abgeſperrter Perſonen ſind rechtsgiltig, wenn ſie vor zwei glaubwürdigen Zeugen erklärt worden ſind (§. 16). Dieſe blos

mündlichen Teſtamente gelten jedoch nur inſofern, als der Teſtator noch während der Sperre in dem abgeſperrten Hauſe verſtorben iſt (§. 17).

Prozeß. Was die Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit betrifft, ſo iſt nach einer Verordnung vom 7. Oct. 1815 (Samml. landesherrl. Verordn. Bd. 2, Nr. 375) jeder Richter nur innerhalb des Bezirkes der ihm anvertrauten Gerichte Teſtamente und andere Handlungen der Art aufzunehmen berechtigt. Hinſichtlich der ſtreitigen Gerichtsbarkeit kann hier nur Einiges hervorgehoben werden. Statt der ſächſiſchen Friſt, welche die Ladung zu den Haupthandlungen des ordentlichen Prozeſſes früher enthalten mußte, iſt künftig nur eine dreißigtägige Friſt vorgeſchrieben (Erläuterungen u. ſ. w. zur Prozeßordnung S. 87). Das in den Gerichten übliche mündliche Verfahren iſt Regel, und bleibt für alles gerichtliche Disputiren auf zwei Sätze für jeden Theil beſchränkt, muß aber ohne Vorbehalt des ſonſt üblich geweſenen Triduums an dem Termintage ſelbſt zu Ende gebracht werden; nur wenn ein Theil, an dem der Satz ſteht, zu dieſer Beendigung der Sache in einem Gerichtstage nicht gefaßt iſt, tritt ein ſchriftliches Verfahren von 8 zu 8 Tagen ein (Erläuterungen u. ſ. w. S. 102). Der Eidesantrag iſt auch über fremde Handlungen in Civilſachen ſtatthaft, weßhalb auch einem Gütervertreter im Concurſe der Eid zugeſchoben werden kann (Erläut. S. 110). Von der Veränderung des Beweiſes iſt S. 114—117 der Erläuterungen u. ſ. w. gehandelt. In Hinſicht der ſummariſchen Prozeßarten iſt der ſogenannte unbeſtimmte ſummariſche Prozeß (processus summarius indeterminatus) gänzlich abgeſchafft, und es brauchen die Termine in allen ſummariſchen Prozeſſen nur einen Zeitraum von 14 Tagen, vom Inſinuationstage an, zu enthalten (Erläut. S. 193 u. 194). Eigenthümlich iſt die Vorſchrift im Executivprozeſſe (Erläuter. S. 196). Die geſchehene Aufkündigung einer verbrieften Schuld wird als ſtillſchweigend zurückgenommen angeſehen, wenn der Gläubiger vom Schuldner noch Zinszahlungen angenommen hat, welche erſt nach dem Termine der Zahlbarkeit des Capitals fällig geworden ſind, und wird der Gläubiger mit der angeſtellten Executivklage noch zur Zeit abgewieſen. Die Beſtimmung, daß, wenn aus gerichtlichen Documenten geklagt wird, ſofort Zahlungsbefehle (mandata de solvendo) erlaſſen werden ſollen, iſt aufgehoben (Erläuter. S. 196). In Eheſachen ſind die Eideszuſchiebungen, der Eid möge für oder wider die Ehe gehen, zuläſſig. Die ſtreitige Rechtsfrage, ob, um auf die geſetzmäßige Vermögensſtrafe des Ehebruches erkennen zu können, ein blos präſumtiver Ehebruch hinreichend ſei, iſt verneinend entſchieden (Erläuter. S. 209 u. 212). — Was ſchließlich das Verfahren in geringfügigen ſtreitigen Rechtsſachen betrifft, ſo ſind für geringfügig zu halten: 1) alle die, deren Gegenſtand nicht über 30 Thaler austrägt; 2) alle Injurienſachen zwiſchen Leuten des gemeinen Bürger- und Bauernſtandes, mit Ausſchluß der Pasquille und Schmähſchriften und derjenigen Realinjurien, welche äußerliche Spuren einer körperlichen Verletzung hinterlaſſen; wogegen es, falls Injurienprozeſſe zwiſchen Honoratioren entſtehen, von der Wahl des Klägers abhängt, ob er summarie oder in processu ordinario mit Zuziehung eines Rechtsbeiſtandes klagen will; 3)

alle Geſindeſachen und 4) alle Innungsſachen, beide, wenn ſie ihrem Gegenſtande nach nicht über 30 Thaler betragen, und die letzteren auch nur dann, wenn ſie nicht als Regierungs-, ſondern als reine Parteiſachen anzuſehen ſind (Erläuter. S. 215—217).

G.....r.

Devolutionsrecht. Mit dieſem im Corpus iuris canonici noch nicht techniſchen Namen wird das in der hierarchiſchen Ordnung unmittelbar begründete allgemeine Recht bezeichnet, vermöge deſſen der höhere Kirchenobere dann thätig werden darf, ſobald der ihm unmittelbar Untergeordnete ſeiner Pflicht entweder nicht, oder doch nicht in der geſetzlichen Weiſe genügte. In dieſem Sinne iſt das Devolutionsrecht ein weſentlicher Theil der im Primat enthaltenen Befugniſſe, den als ſolchen auch die Anhänger des Epiſkopalſyſtems zuzugeſtehen gezwungen ſind.

Unter den Verhältniſſen, in denen es wirklich werden kann, iſt ſchon durch das dritte Concil vom Lateran (1179) die Verleihung der Kirchenämter beſonders hervorgehoben [1]). Hier gilt die allgemeine Regel, daß, ſobald der zur Proviſion Berechtigte innerhalb der geſetzlichen a die notitiae laufenden Friſt die Proviſion nicht ausübte, ſein Recht ſofort, und ohne daß es noch einer beſonderen Erinnerung bedarf, für dießmal verloren gehe, immer jedoch unter der Vorausſetzung eines wirklichen Verſchuldens, weßhalb z. B. dieſer Verluſt dann nicht eintritt, ſobald dem Berechtigten irgend ein factiſches oder rechtliches Hinderniß entgegenſtand [2]). Dieſelbe Wirkung tritt dann ein, ſobald die Proviſion auf eine ungeeignete Perſon gerichtet, und die letztere von dem Oberen verworfen wurde [3]); endlich greift ſie Platz bei einer Simoniſchen Verleihung mit dem Ausgange der über dieſe angeſtellten Unterſuchung. Rückſichtlich aller Kirchenämter in der Diöceſe geht das Recht des in Hinſicht ihrer der biſchöflichen Jurisdiction unterworfenen Collators oder Patrons auf den Biſchof [4]) über, oder es wird, wie die Quellen ſich ausdrücken, auf ihn devolvirt, und zwar geſchieht dieß auch in den Fällen, wo das Capitel entweder allein [5]), oder zugleich mit dem Biſchofe zu verleihen hatte, ſobald dieſer zufällig im Stifte ſelbſt präbendirt iſt [6]). Von dem Biſchofe ſollte nach der Beſtimmung des dritten Concils vom Lateran das Verleihungsrecht auf das Capitel übergehen [7]); indeſſen iſt dieſe Verfügung mit der veränderten Auffaſſung des Verhältniſſes zwiſchen den Biſchöfen und ihren Capiteln

---

1) C. 2. de concess. praeb. (3. 8.)

2) C. 3. de suppl. negl. prael. (1. 10.) C. 5. de concess. praeb. (3. 8.)

3) Ueber die bei dem geiſtlichen und Laienpatronat hier obwaltende Verſchiedenheit ſ. im Art. Patronatrecht.

4) C. 2. de suppl. negl. prael. (1. 10.) C. 12. X. de iure patr. (3. 38.) Clem. un. de suppl. negl. prael. (3. 5.)

5) C. 2. de conc. praeb. (3. 8.)

6) C. 15. h. t.

7) Vergl. Anmerk. 1. Ueber dieſe Stelle Berardi, comm. in ius. eccl. tom. II. p. 149, deſſen Verſuch, ſie auf einen zwiſchen Biſchof und Capitel beſtehenden Turnus der Verleihung zu beſchränken, jedoch ganz unzuläſſig erſcheint.

unpraktiſch geworden, und es tritt mithin hier jetzt das Devolutionsrecht des Erzbiſchofs in die Mitte, welches auch dann ſich geltend macht, wenn die Collation dem Biſchof als ſolchen und dem Capitel zuſteht, und beide ſich ſäumig erweiſen [8]). Auf die Wahlen der Erzbiſchöfe und Biſchöfe hatte Innocenz III. noch im J. 1208 die Vorſchrift des dritten Concils vom Lateran für unanwendbar erklärt [9]), doch finden wir dieſelbe durch das vierte Concil vom Lateran (1215) ausdrücklich auch für ſie beſtätigt [10]), wiewohl nach einer Erläuterung Bonifaz VIII. [11]) nur für den Fall, ſobald die dreimonatliche Wahlfriſt verſäumt worden iſt, während bei einer wirklich vollzogenen, aber caſſirten Wahl das Recht wie früher auf den Papſt devolviren ſoll. Nach einzelnen neueren Verträgen iſt jedoch den Capiteln verſtattet worden, zu einer neuen Wahl zu ſchreiten, ſobald entweder die erſte Wahl nicht in der canoniſchen Weiſe vollzogen oder auf ein nicht-qualificirtes Subject gerichtet worden war [12]). Daß endlich das päpſtliche Devolutionsrecht auch dann wirkſam werden dürfe, wenn der Regent das ihm zugeſtandene Nominationsrecht nicht ausübt, ſcheint eben ſo wenig bezweifelt werden zu können, als daß das Recht des Biſchofs auch dem landesherrlichen Patronatrechte gegenüber nicht alterirt werde. Dieſer im bayerſchen Concordate anerkannte Satz iſt jedoch z. B. in der bekannten ſachſen-weimariſchen Verordnung vom 7. Oct. 1823 ausdrücklich verworfen worden [13]).

Mit der eingetretenen Devolution wird die dennoch von dem urſprünglich Berechtigten vollzogene Proviſion ungiltig, wenn der Obere ſie nicht ausnahmsweiſe gelten läßt [14]). Iſt dieß nicht der Fall, ſo iſt der Letztere bei der Ausübung ſeines Rechtes an die Bedingungen ſchlechthin gebunden, von welchen das Recht des urſprünglichen Verleihers abhing, eine Regel, welche auch bei einer von dem Papſt auf der Grundlage des Devolutionsrechtes zu vollziehenden Ernennung für ſich Geltung fordern müßte.

In der evangeliſchen Kirche kann das Devolutionsrecht im wahren Sinne nur dann vorkommen, wenn der Patron entweder die Präſentationsfriſt verſäumt, oder Simoniſch oder einen Unfähigen präſentirte. Wo jedoch noch proteſtantiſche Stifter mit alter Verfaſſung beſtehen, wird auch die Verleihung an den Landesherrn devolvirt, ſobald das Capitel ſie nicht innerhalb der geordneten Friſt vollzogen hat [15]). Richter.

---

8) C. 15. de conc. praeb. (3. 8.)

9) 12. h. t.

10) C. 41. de elect. (1. 6.)

11) C. 18. de elect. in VI. (1. 6.)

12) Z. B. in der Bulle Impensa Rom. Pont. für Hannover (Weiss, corp. iur. eccl. p. 169) und Ad dominici gregis custodiam für die oberrhein. Kirchenprovinz (ebendaſ. S. 204).

13) Bei Weiß a. a. O. S. 335.

14) C. 1. in fin. de post. prael. (1. 5.)

15) Eichhorn, K.-R. Bd. 2, S. 733.

Diacon iſt der zum ministerium ordinirte Geiſtliche des dritten Ordo [1]).

Seit ſich in Jeruſalem eine eigene chriſtliche Gemeinde gebildet, bedurfte man außer den Vorſtänden, als welche die Apoſtel ſelbſt erſcheinen, noch beſonderer Diener, welche nach dem Muſter der in der Synagoge üblichen Chasanim (ὑπηρέται) beſtellt werden konnten [2]). Anfangs mögen aber außer den etwa ſich der neuen Gemeinde anſchließenden älteren Synagogendienern freiwillig andere Genoſſen die erforderlichen Geſchäfte übernommen haben [3]). Die Wohlthätigkeitspflege, insbeſondere die freiwillige Ausgleichung des Vermögens in Jeruſalem [4]) nöthigte indeſſen zur Anſtellung eigener Almoſenpfleger (διάκονοι, οἱ ἑπτά) [5]), welche weiter verpflanzt zugleich verſchiedene andere Functionen erhielten [6]). Daher konnte bereits Ignatius erklären: Diaconi non ciborum et potuum ministri sunt, sed ecclesiae Dei ministri [7]). Die Stellung der Diaconen im Allgemeinen ergibt ſich aber daraus, daß ſie überhaupt als ministri, als Gehilfen der Biſchöfe und Presbyter erſcheinen, und nur in gewiſſen Geſchäften ſchlechthin oder ausnahmsweiſe eine ſelbſtſtändigere Bedeutung haben. Zwar ſind bereits während des Mittelalters Diaconen als beſondere Beamte mit dem vollen Geſchäftskreiſe ſeltener beſtellt worden, ſo daß das tridentiniſche Concil [8]) ſich veranlaßt fand, die Herſtellung dringend zu empfehlen; dieß iſt indeſſen doch nicht in der gewünſchten Weiſe geſchehen, und das Diaconat dient mehr nur zur Erlangung von Beneficien, welche dieſen Ordo erfordern, oder als Mittel, zu höheren Würden befördert zu werden; dennoch ſind die gemeinrechtlichen Beſtimmungen

---

1) Von Quellen ſehe man beſonders c. 10 sq. dist. XXIII; c. 6 sq. dist. XCIII. — Literatur: Caspar Ziegler, de diaconis et diaconissis veteris ecclesiae. Viteberg. 1678, 4. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. I. c. 51. 52. 53. nr. 1. lib. II. c. 29—33. Bingham, origines eccl. lib. II. cap. 20. Binterim, die vorzüglichſten Denkwürdigkeiten der chriſtkathol. Kirche, Bd. 1, S. 335—386. Auguſti, Denkwürdigkeiten, Bd. 11, S. 194 flg.

2) Vitringa, de synagoga vetere, lib. III. P. II. cap. 4 (ed. II. p. 914 sq.).

3) So die νεώτεροι, νεανίσκοι (Apoſtelgeſch. V. 6. 10.). Vgl. Rothe, die Anfänge der chriſtlichen Kirche (Wittenberg 1837), Bd. 1, S. 163, Anm. 27.

4) Apoſtelgeſch. V. 4.

5) Apoſtelgeſch. VI. 1 flg. Ob es ſchon vorher beſondere Armenpfleger in Jeruſalem gegeben, ſcheint zweifelhaft (m. ſ. Rothe a. a. O. S. 164, Anm. 28). Auf die Zahl ſieben legte man auch ſpäter beſonders Gewicht. Man ſ. z. B. c. 14. Conc. Neocaesar. a. 314 (c. 12. d. XCIII). c. 11. d. XCIII. (Ps. Isidor.) Die Synode zu Cöln von 1400, Cap. 2 (Hartzheim, Conc. Germaniae T. IV. p. 549) beſtimmte, es ſollten 5 — 6 Diaconen an der Kathedrale befindlich ſein. Doch finden ſich häufig auch bei weitem mehr (man ſ. z. B. Novelle III, Cap. 1).

6) Dieß mußte um ſo mehr geſchehen, als das Wegfallen der Gütergemeinſchaft, welche ſich außerhalb Paläſtina gar nicht findet, die Verwaltung vereinfachte.

7) Ad Trallian. cap. II; vergl. ad Polycarpum c. VI, ad Magnesios c. VI.

8) Sess. XXIII. cap. XVII. de reform.

noch immer von Einfluß, indem doch überhaupt noch dieſer Ordo ſeine kirchliche Bedeutung beſitzt und diejenigen, welche denſelben inne haben, nach den darüber beſtehenden Grundſätzen beurtheilt werden müſſen. Wir betrachten daher die Vorausſetzungen, dann die Rechte und Pflichten der Diaconen.

Die Requiſite zum Empfange der Diaconenweihe ſind zunächſt die allgemeinen des Ordo überhaupt (ſ. d. Art.), insbeſondere der Beſitz des Subdiaconats und ein beſtimmtes Alter. Da die Diaconen den Leviten des Tempels verglichen wurden (ad Levitarum ministerium sacrantur)[9], forderte man das dieſen vorgeſchriebene Alter von 25 Jahren[10], welches Clemens V. auf dem Concil zu Vienne im J. 1311 auf das zwanzigſte herabſetzte[11], das tridentiniſche Concil jedoch auf das dreiundzwanzigſte beſtimmte[12], was aber vom zurückgelegten zweiundzwanzigſten verſtanden wird[13].

Die Ordination ſelbſt hat in ihren Riten gewechſelt. Von Beginn her erfolgt ſie aber durch den Biſchof allein, welcher den zu Weihenden durch Handauflegung ſegnet[14], ihn aber nicht ſalbt[15]. Er bekleidet ihn mit der Stola (orarium), welche er über der linken Schulter nach der rechten Hüfte zu trägt[16], mit der Dalmatica[17] (d. i. einem leichten

9) C. 1. §. 13. d. XXI. (Isidor. Etymolog. VII. 12.) S. auch die Citate der folg. Anm.

10) IV. Moſis VIII. 24. — M. ſ. Conc. Carth. III. a. 397, c. 4 (c. 5. d. LXXVII. c. 14. CXX. q. I). Conc. Agathense a. 506, c. 16. Tolet. IV. a. 633, c. 20 (c. 6. 7. d. LXXVII) u. a. Nov. CXXIII. c. 13. vergl. c. 2. d. LXXVIII. Der in einem geringeren Alter Ordinirte ſollte ſuspendirt bleiben, bis er das legale erreicht hatte. C. 14. X. de temporib. ordinat. (1. 11.) (Honor. III. a. 1220).

11) Clem. 3. de aetate (1. 6.); recipirt Synod. Narbonnens. a. 1551 (Coll. Conc. ed. Hardouin, T. X. p. 442), Synod. Colon. a. 1536 (Hartzheim, T. VI. p. 247) u. a. Auch hierbei war die ſpätere Einrichtung der Synagoge leitend geweſen. I. Chron. XXIII. 24. 27. II. Chron. XXXI. 17.

12) Sess. XXIII. cap. XII. de ref.

13) S. Gonzalez Tellez ad cap. 7. §. 2. X. de electione (1. 6.) nr. 10. Daher erklärt ausdrücklich die ermländiſche Synode von 1610: aetas in assumendis ad Diaconatus ordinem est viginti trium annorum — istos sufficit tamen inchoatos esse (Hartzheim, T. IX. p. 128, 129).

14) Apoſtelgeſch. VI. 6. Can. Apostol. 2. — Conc. Carthag. IV. c. 4 (Stat. eccl. antiqua c. 92. in c. 11. d. XXIII). Vergl. Constit. Apostol. lib. VIII. c. 18.

15) C. 12. d. XXIII (Nicolaus I. a. 964). Vergl. Gratian. post c. 23. C. I. q. VII. §. 4 (sine sacramentali unctione, sola episcopi benedictione). Darum, ſowie aus anderen Gründen, iſt es ſehr beſtritten, ob die Weihe des Diaconus noch Sacrament ſei. M. ſ. die genaue Expoſition von Benedict XIV.: de synodo dioecesana lib. VIII. cap. IX.

16) Unum orarium oportet Levitam gerere in sinistro humero, propter quod orat, id est praedicat: dexteram autem partem oportet habere liberam, ut expeditius ad ministerium sacerdotale discurrat. Conc. Tolet. IV. a. 633, c. 40 (c. 3. d. XXV). Vergl. Conc. Laodic. c. 22 (med. IV. sec.) (in c. 27. d. XXIII). Biſchöfe und Presbyteren tragen die Stola auf beiden Schultern. M. ſ. Conc. Bracar. III. a. 675, c. 3 (c. 9. d. XXIII).

17) M. ſ. c. 10. d. XXIII. (Gregorius I. a. 599), und vergl. Binterim, Denkwürdigkeiten, Bd. 4, Th. 1, S. 214 flg.

Obergewands mit weiten oder flügelartig offenen Aermeln), und übergibt ihm das Evangelienbuch mit den Worten: Accipe potestatem legendi Evangelium in ecclesia Dei —.

Die näheren Beſtimmungen hierüber enthält das Pontificale Romanum, in welchem ſich auch die Gerechtſame des Diaconus in folgender Formel bezeichnet finden: Diaconum oportet ministrare ad altare, baptizare et praedicare.

Zu den urſprünglichen Verrichtungen der Diaconen gehörte die Armenpflege[18]. Damit hängt die Empfangnahme der Oblationen zuſammen, ſowie die Publication der Namen derer, welche Opfer gebracht hatten[19]. Dazu kam ſchon früh die Sorge für Aufrechthaltung der Ruhe und Ordnung beim Gottesdienſte. Er forderte daher zum Gebete auf, gab den nicht Communicirenden die Weiſung, das Gotteshaus zu verlaſſen u. dgl. m.[20] Auch hatte er die Aufſicht über die heiligen Gefäße[21].

In Beziehung auf die einzelnen heiligen Handlungen wirkte er in mannigfaltigſter Weiſe, und gerade in der Hinſicht erſcheint er recht eigentlich als minister, „Episcopi auris et oculus, item et os, cor et anima“[22].

Die Verrichtung der Taufe ward ihm mit dem Conſenſe des Biſchofs, ſonſt aber nur im Nothfalle geſtattet[23]. Als minister wirkte er dabei durch Gebet, Exorcismen, Salben. Umfaſſender fungirte er bei der Verwaltung des heiligen Abendmahls (ministrare ad altare). Schon während des Beſtehens der Agapen traf der Diaconus die erforderlichen Einrichtungen. Nachdem die Conſecration bewirkt war, theilte er den Anweſenden Brot und Wein mit, und brachte es den Kranken und Abweſenden. Darüber berichtet ſchon Juſtinus der Märtyrer[24]: Qui apud nos vocantur Diaconi atque ministri, distribuunt unicuique praesentium, ut participent eum, in quo gratiae actae sunt, panem, vinum et aquam et ad absentes perferunt. Atque hic cibus a nobis Eucharistia vocatur. — Frühzeitig entſtand aber auch der Gebrauch, daß er nur den Kelch und nicht das Brot reichte[25], ohne daß es jedoch

---

18) Constit. Apost. lib. III. cap. 19. Vgl. Cyprian. epist. 49. 52.

19) Publice Diaconus recitet in ecclesia offerentium nomina (Hieronymus, commentar. in Ezechiel cap. 18).

20) Iustin. Martyr, Apologia I. c. 67. Const. Apostol. II. 57. VIII. 5.

21) Augustin. quaest. vet. ac novi testamenti c. 101.

22) Constit. Apost. II. 44. Ueber die jetzigen liturgiſchen Verrichtungen der Diaconen ſ. m. Gräſer, die römiſch-katholiſche Liturgie, S. 111, 200, 228 flg.

23) So äußert ſchon Tertullian. de baptismo cap. 17: Dandi quidem (baptismum) habet ius Episcopus, dehinc Presbyteri et Diaconi, non tamen sine Episcopi auctoritate. Vergl. Const. Apost. III. 15. c. 13. pr. d. XCIII (Gelasius a. 494).

24) Apologia II. p. 97. Vergl. Cyprian. de lapsis. Constit. Apost. II. 28. VIII. 13. 28. — C. 38. Conc. Cath. IV. (c. 18. d. XCIII.) u. v. a.

25) S. Cyprian. loc. cit. Conc. Laodic. c. 25 (c. 16. d. XCIII).

zu einer allgemeinen Uebereinſtimmung dabei gekommen iſt [26]. — In Betreff der Mitwirkung des Diaconus bei der Beichte und Buße muß man auf die fortſchreitende Entwickelung dieſes Sacramentes ſelbſt achten (m. ſ. deßhalb oben Band I u. II). Dann ergibt ſich, daß Befugniſſe, welche früher dem Diaconus zuſtehen konnten, ſpäter unſtatthaft werden mußten. Insbeſondere verblieb ihm auch ſpäter die Reconciliation [27]. Verſchiedene Verrichtungen hatte er auch bei Ordinationen, worüber die Ritualbücher nähere Feſtſetzungen enthalten.

Erſcheint aber der Diaconus regelmäßig nur als Gehilfe beim Gottesdienſte, ſo finden wir ihn mitunter doch auch ſelbſtſtändiger, inſofern er als das Haupt einer eigenen Gemeinde wirkſam iſt. Eines diaconus regens plebem gedenkt das Concil von Eliberis um 305, und ſo konnte auch den Umſtänden nach die Predigt ein Gegenſtand ſeines Amtes ſein [28], während regelmäßig nur das Vorleſen des Evangeliums, auch wohl von Homilien der Väter ihm zuſtand [29].

Sonſt bedienten ſich die Biſchöfe der Diaconen oft als Abgeordnete zu Synoden [30] und überwieſen ihnen auch mannigfache Jurisdictionsrechte, wovon ſich zum Theil Spuren bis ins ſechszehnte Jahrhundert finden [31].

In der griechiſchen Kirche iſt die Stellung des Diaconus im Weſentlichen dieſelbe, indem er ebenfalls als minister des Biſchofs und der Presbyteren erſcheint, und vorzüglich in liturgiſcher Beziehung mit zu fungiren berufen iſt.

In der evangeliſchen Kirche iſt der Titel Diaconus aus der katholiſchen beibehalten, ohne daß aber eine Differenz des Ordo von anderen ordinirten Geiſtlichen damit bezeichnet werden ſollte, da bekanntlich die evangeliſche Kirche überhaupt nur einen Ordo kennt. Gewöhnlich hießen die zweiten Prediger an den einzelnen Kirchen Diaconen, die mitunter nur des Nachmittags zu predigen befugt waren, oder denen einzelne Zweige der Seelſorge fehlten [32]. In der neueren Zeit iſt dieſer Titel

---

26) M. ſ. Morinus, de sacram. ordinat. P. VIII. exerc. IX. cap. 3. Binterim a. a. O. I. 356 flg. Vergl. c. 13. §. 1. d. XCIII. (Gelasius a. 494).

27) Regius lib. I. cap. 300 (ed. Wasserschleben). Vergl. Burchard Wormat. decr. lib. XIX. cap. 154 u. a., und über die Streitfrage überhaupt Binterim a. a. O. I. 365. V. 2. 197 flg.

28) Beiſpiele bei Philostorgius, h. eccl. III. 17. Hieronymus, de viris illustrib. cap. 115 u. A.

29) Const. Apost. II. 57. Concil. Vasense II. a. 529. cap. 2: Si digni sunt diaconi, quae Christus in Evangelio loquutus est, legere, quare indigni iudicentur, sanctorum patrum expositiones publice recitare? u. a. m.

30) Binterim a. a. O. S. 376 flg.

31) M. ſ. z. B. Synod. Colon. a. 1536. P. III. cap. XV. (Hartzheim, Concilia Germaniae VI. 262): Mori ac consuetudini, quae in aliquibus ecclesiis est (nempe ut causae disciplinae per Diaconos diiudicentur) nihil praeiudicamus, modo tamen Diaconi, ad requisitionem Decani, suo officio graviter ac strenue incumbant.

32) Alles beruht auf particularer und localer Feſtſetzung. Von Preußen ſ. m. Jacobſon, Geſchichte der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates, I. 2. S. 117, 194, und die cit. Literatur.

häufig abgeſchafft worden, und dafür dem Geiſtlichen das Prädicat: zweiter, dritter Prediger beigelegt[33]).

Wir verbinden hiermit zugleich die Grundſätze über die

Diaconiſſen[34]). — Die Sitte des Orients und das beſondere Bedürfniß veranlaßte die Anordnung von Diaconiſſen, welche für Frauen die Stelle der Diaconen vertraten. Schon nach apoſtoliſcher Anordnung ſollten dazu Wittwen (χῆραι, viduae), und zwar hochbejahrte (von 60 Jahren) genommen werden[35]). Sie werden in der älteren Kirche oft erwähnt[36]), die urſprünglichen Anordnungen über ihre Eigenſchaften aber nicht gerade ſtreng befolgt, denn auch ſolche, die noch nicht vermählt geweſen und jüngere Mädchen wurden zum Amte zugelaſſen[37]), wogegen Valentinian, Theodoſius und Arcadius im Jahre 390 die alte Satzung einſchärften[38]): Nulla nisi emensis sexaginta annis, cui votiva domi proles sit, secundum praeceptum Apostoli ad Diaconissarum consortium transferatur. Das Concil von Chalcedon im Jahre 451 beſtimmte aber das vierzigſte Jahr[39]), worauf Juſtinian zuerſt das funfzigſte, dann aber auch das vierzigſte feſtſetzte[40]).

Die Diaconiſſen wurden förmlich ordinirt[41]), und zwar wie die Diaconen durch Handauflegung unter Gebet und mit anderen bei der Diaconenweihe üblichen Riten. Wie der Diaconus erhielt ſie eine Stola, welche aber ſpäter zurückgegeben werden mußte, einen Ring, Halsſchmuck und dergl.[42]) Dabei iſt aber zu berückſichtigen, daß dieſe Ordination eine andere Bedeutung hat, als die der Männer; denn „quanquam Diaconissarum in ecclesia ordo sit, non tamen ad sacerdotii functionem aut ullam eiusmodi administrationem institutus est, sed ut muliebris sexus honestate consulatur, sive ut baptismi tempore

---

33) Sowie in Preußen der Titel Caplan im J. 1817 abgeſchafft worden (ſ. die cit. Geſch. der Quellen. Anhang Nr. LXXVII, S. 166, 167), iſt es auch meiſtens mit dem Prädicat Diaconus geſchehen. Ausdrücklich auch in Bayern durch ein Reſcript des Oberconſiſtoriums vom 27. Nov. 1824 (ſ. allg. Kirchenzeit. 1824, Sp. 1272).

34) M. vergl. Ziegler (oben Anm. 1 cit.). Thomassin l. c. lib. III. cap. 50. 51. Bingham l. c. lib. II. cap. 22. Binterim a. a. O. I. S. 434—455. M. ſ. auch Jac. Gothofredus ad c. 27. 28. C. Th. 16. 2. T. VI. p. 66 sq.

35) Br. an die Römer XVI. 1; I. Timoth. V. 9. — Ob auch die Titus II. 3. erwähnten πρεσβύτιδες dahin gehören?

36) M. ſ. z. B. Plinius, epist. X. 97. (ministrae). Tertullian. de velandis virginibus cap. 9. Vergl. Constit. Apost. VI. 18.

37) Tertullian. l. c. Vgl. Ignatius ad Smyrnaeos cap. 13 (wohl interpolirt).

38) C. 27. C. Th. de episcopis (16. 2). Vergl. Sozomen. hist. eccl. VII. 16.

39) C. 15 (c. 23. Can. XXVII. 9. 1).

40) Nov. 6. cap. 6. Nov. 73. cap. 13. Vergl. c. 2. dist. LXXVIII.

41) S. Tertullian. ad Uxorem lib. I. cap. 7. und Exhortatio ad castitatem. Vergl. Const. Apostol. lib. VIII. c. 19.

42) Man vergl. den Ordo Romanus bei Mabillon, Museum Ital. T. II. p. 91, und den von Hittorp edirten ordo in der Biblioth. Patrum T. VIII. p. 472 (ed. Colon.).

adsit, sive ut nudandum est mulieris corpus interveniat etc. erklärt bereits Epiphanius[43]). Das nicäniſche Concil erkennt den Gebrauch noch an[44]), doch wird derſelbe ſeit der Mitte des vierten Jahrhunderts bereits gemißbilligt, ſeit dem fünften Jahrhundert auch ſchon hie und da, allgemeiner aber erſt ſpäter verboten[45]).

Bis dahin war den Diaconiſſen der Unterricht der weiblichen Katechumenen[46]), das Aus- und Ankleiden der Täuflinge[47]), der Beſuch der Kranken[48]), die Aufſicht über die Frauen in der Kirche überhaupt und ähnliche Geſchäfte übertragen[49]).

Allmälig verſchwinden ſie nun und werden im Occidente ſeit dem neunten, im Oriente ſeit dem zwölften Jahrhundert nur ſelten erwähnt[50]). Der Name Diaconiſſe, auch wohl Archidiaconiſſe, hat ſich übrigens als ehrendes Prädicat für Vorſteherinnen weiblicher Stifter und Klöſter bisweilen erhalten. Die Anſtellung von Frauen für den Kirchendienſt am Altar hat die katholiſche Kirche ſpäter verboten und Benedict XIV. hat durch die Conſtitution: Etsi pastoralis, vom 26. Mai 1742, dieß den unirten Griechen in Italien ausdrücklich unterſagt[51]). Doch finden ſich auch jetzt noch öfter, mehr jedoch in der evangeliſchen Kirche, Frauen, welche Dienſte der Küſter übernehmen. So beſteht noch der Gebrauch

---

43) Advers. haeres. n. 79.

44) Der can. 19 dieſes Concils wird freilich verſchieden gedeutet. M. ſ. Neander, Kirchengeſch. Bd. 2, S. 334. Binterim a. a. O. S. 442.

45) So das Concil. Arausican. I. v. J. 441, can. 26: Diaconae omnimodo non ordinandae. Conc. Epaon. a. 517, c. 21. Conc. Aureldan. II. a. 533, can. 58.

46) M. ſ. z. B. noch Conc. Carthag. IV. a. 399, c. 12.

47) S. oben im Texte und Epiphanius, expositio fidei n. 21. Const. Apostol. lib. III. cap. 16.

48) Const. Apost. lib. III. cap. 15. 19.

49) Binterim a. a. O. S. 447 flg.

50) M. ſ. z. B. noch das Diplom Johann's XX. vom Jahre 1026 (Mabillon, Museum Ital. II. 156), worin dem Biſchof von Silva Candida die Befugniß, Diaconiſſen zu ordiniren, verliehen wird. Wegen des Orients ſ. m. Balſamon und Blaſtares zum c. 15. Conc. Chalcedon. bei Beveregius. Als Grund des Wegfallens erwähnt Balſamon (respons. ad interrogat. Marci cap. 35 bei Leunclavius ius Graeco-Roman. T. I. p. 381) „menstruorum inquinatio“, wobei Binterim (a. a. O. S. 453) die Bemerkung nicht unterdrücken kann: „ein Beweis, daß die alten Griechen einen feineren Geruch hatten, als die heutigen griechiſchen Prieſter und Diaconen, die ihre Frauen wieder in die Stellen der alten Diaconiſſen einzuſetzen ſuchen.“ Daß übrigen dieſe phyſiſche Urſache ein Grund der Ausſchließung der Frauen vom Kirchendienſte ſei, deuten ſchon die alten apokryphiſchen Evangelien an, indem dieſelben berichten, Maria ſei vom dritten bis zwölften Jahre im Tempel geweſen, dann aber in Folge prieſterlicher Berathſchlagung, damit ihr nicht im Tempel begegne, was Frauen zu begegnen pflegt, und deßhalb Gott zürne, einem gerechten und frommen Manne übergeben worden (historia Josephi cap. 3. ed. Thilo, Lipsiae 1832, p. 11). Nach der historia nativitatis Mariae cap. 8 (l. c. p. 357) geſchah dieß im 14. Jahre.

51) Const. cit. §. VI. nr. XXI (Bullar. Magn. ed. Luxenburg T. XVI. p. 98): Mulieres autem servire ad altare non audeant, sed ab illius ministerio repellantur omnino.

in Holland, daß dergleichen Dienerinnen den Prieſter zu Kranken begleiten, bei der Taufe aſſiſtiren und ähnliche Dienſte der Art verrichten [52]).

Nur entfernt erinnern die neueren wohlthätigen Frauenvereine an die alten Diaconiſſen [53]), obgleich ſelbſt der Name wieder hergeſtellt worden iſt, wie namentlich in der von der rheiniſch = weſtphäliſchen Gefängnißgeſellſchaft am 17. September 1833 für die aus den Gefängniſſen entlaſſenen Frauen evangeliſcher Confeſſion zu Kaiſerswerth errichteten Diaconiſſenanſtalt, welche zugleich die Sorge für Kranke, die Erziehung hilfloſer Kinder u. ſ. w. mit übernommen hat [54]). H. F. Jacobſon.

Diebſtahl — Furtum — Entwendung [1]). **I. Furtum** [2]). Es iſt in der Theorie und Praxis anerkannt, daß die Grundſätze des römiſchen Rechtes über **Begriff** und **Umfang** des Furtum in allen privatrechtlichen Beziehungen (abgeſehen von der Privatſtrafe) bei uns gemeinrechtlich dieſelbe praktiſche Bedeutung und Giltigkeit haben, die ſie im römiſchen Rechte hatten, z. B. in Beziehung auf Unverjährbarkeit der res furtiva, Zuläſſigkeit der condictio furtiva etc. Anders iſt es allerdings auf dem ſtrafrechtlichen Gebiete. Wir haben im teutſchen Rechte nicht ein einzelnes Verbrechen, das im Begriff und Umfang dem römiſchen Furtum gleichkommt (namentlich iſt unſer **Diebſtahl** weit enger, als das römiſche Furtum, weshalb es auch ſehr unrichtig iſt, **furtum** durch **Diebſtahl** zu überſetzen); vielmehr bilden die Fälle, welche zum römiſchen Furtum gehörten, bei uns verſchiedene Verbrechen, die zum großen Theile unter eigenthümlichen Strafbeſtimmungen ſtehen. Allein auch hier haben die römiſchen Beſtimmungen über Furtum immer noch

---

52) S. **Binterim** a. a. O. S. 453, vergl. S. 441.

53) **Klönne**, über das Wiederaufleben der Diaconiſſinnen der alten chriſtlichen Kirche in den Frauenvereinen (**Schuderoff**, neue Jahrbücher für Religion-, Kirchen- und Schulweſen, Bd. 37, S. 234 flg.).

54) Vergl. Kirchenfreund für das nördliche Teutſchland, 1838, Nr. 94, 1839, Nr. 59. Allgem. Kirchenzeitung 1839, Nr. 135.

1) **Literatur**: J. C. D. **Salchow**, ſyſtem. Entwickelung des Verb. der Entwendung, nach den gemeingiltigen Staatsgeſetzen Teutſchlands. Erfurt 1806, 8. (Nicht bedeutend.) Ch. D. **Erhard**, de furti notione per leges constitutas accuratius definienda. Lips. 1806, 8. **Roßhirt**, über den Begriff des röm. Furtums und des teutſchen Diebſtahls ꝛc., im neuen Archiv des Crim.-R., Bd. 3, S. 73—101. C. Fr. **Dollmann**, die Entwendung nach den Quellen des gem. Rechtes. Kempten 1834, 8. Vorzüglich aber E. **Klien**, Reviſion der Grundſätze über d. Verb. des Diebſtahls ꝛc., nach gem. in Teutſchland geltenden, inſonderheit kurſächſiſchem Rechte, Th. 1 (der 2. Theil, der vom Verfahren handeln ſollte, erſchien nicht). Nordhauſen 1806, 8. Ueber die ältere Literatur iſt **Klien**, S. 103 flg., zu vergleichen. Viel angeführt wird jetzt auch Gust. Guil. Henr. **van Imhoff**, de furtis ad XII. tabulas et institutiones, cum Caii tum Iustin. Gron. 1824, 8., eine fleißige Inauguralarbeit, die aber, ungeachtet ihres großen Umfanges (168 S.) doch ſehr wenig Ausbeute gibt.

2) **Quellen**: J. de obl. quae ex del. (4. 1.) D. de furtis (47. 2.) und die von beſonderen Fällen handelnden Titel 3—8, 14, 17—19, des 47. Buches. C. de furtis. (6. 2.) Nov. 134. c. 13. **Paulus**, rec. sentent. II. 31. **Caius**, comment. III. 183—209.

die Bedeutung eines Hilfsrechtes, auf das vielfach zurückgegriffen werden muß. So rechtfertigt ſich daher auch vom praktiſchen Geſichtspunkte aus eine genaue Darſtellung des römiſchen Furtum zur Genüge, und zwar eine von der Darſtellung der Lehre vom Diebſtahle ganz geſonderte, um das Praktiſche vom Unpraktiſchen um ſo ſchärfer unterſcheiden zu können [3]).

Furtum iſt diejenige, mit rechtwidrigem Vorſatz ausgeführte Handlung, durch welche Jemand einer beweglichen Sache, in der Abſicht, ſich einen Vermögensvortheil zu verſchaffen, wider den Willen des Berechtigten ſich bemächtigt und dadurch die Sache ſelbſt, oder ihren Gebrauch, oder ihren Beſitz ſich widerrechtlicherweiſe anmaßt [4]).

Dieſer weite Begriff des Furtums ſcheint ſich nur nach und nach unter dem Einfluſſe der Doctrin gebildet zu haben [5]). Einer früheren engeren Begrenzung deſſelben entſpricht auch die Grundeintheilung des Furtum, von welcher die 12 Tafeln ausgingen, die in manifestum und nec manifestum; auch dürften die meiſten Ausdrücke, mit denen das Furtum bezeichnet wird, darauf hindeuten. Allmälig aber ſcheint man namentlich unter die Beſtimmungen der 12 Tafeln über das furtum nec manifestum [6]) noch viele mehr oder minder verwandte Fälle, durch das praktiſche Bedürfniß bei dem engen Strafſyſtem genöthigt, gezogen zu haben und ſo zu einer Erweiterung des Begriffes gekommen zu ſein, bei der übrigens die Grenze zwiſchen dem Furtum und anderen unerlaubten Hand-

---

3) Wenn Roßhirt, Geſchichte u. Syſtem des teutſchen Strafrechtes, Bd. 2, S. 306, 307, ſagt: „Niemals hätte das Weſen des Diebſtahls aus der römiſchen Lehre vom Furtum erläutert, oder gar der römiſche Begriff an die Spitze der Lehrbücher geſtellt werden ſollen," ſo iſt das Letztere (über das Erſtere ſ. unten) dann wohl eine unrichtige Ausſtellung, wenn der römiſche Begriff iſolirt und zu dem Zwecke an die Spitze geſtellt wird, um die Grenzen zwiſchen dem römiſchen und teutſchen Rechte hier um ſo ſchärfer zu ziehen.

4) L. 1. §. 3. D. de furt.: Furtum est contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve. §. 1. J. eod. — Auch das Object des Furtums, die entwendete Sache, wird durch furtum bezeichnet. L. 3. pr. L. 7. §. 2. D. eod. Caius III. 186. 188. 193.

5) Klien a. a. O. S. 7 flg., 115 flg. Roßhirt a. a. O. S. 80 flg. van Imhoff l. c. p. 96 sq. 141. Auch unten Note 35 u. 50. Roßhirt ſcheint aber jetzt (Geſchichte und Syſtem des Strafr., Th. 2, S. 274 flg., 281 flg.) anzunehmen, der Begriff des Furtum ſei urſprünglich viel weiter geweſen (namentlich habe der Stellionat unter dem Furtum geſtanden) und ſpäter verengt worden.

6) Die Erweiterungen des Begriffes betrafen namentlich Fälle des furtum nec manifestum. Die Strafe des Letzteren war nach den 12 Tafeln blos die Zahlung des Duplums an den Beſchädigten, während beim furtum manifestum der nächtliche Fur unbedingt, der bei Tage ertappte, falls er ſich zur Wehre ſetzte, getödtet werden konnte, und im Uebrigen der manif. fur mit Geißelung beſtraft und dem Beſtohlenen addicirt wurde. Ueber dieſe Strafen ſ. A. Gellius, noct. att. XI. 18. Caius, comment. III. 189 sq. Dirkſen, Ueberſicht der bisherigen Verſuche zur Kritik und Herſtellung des Textes der Zwölftafelfragmente (Leipzig 1824), S. 564—588. Ob das Tödtungsrecht nur ſtattfand, wenn der Dieb im Hauſe des Beſtohlenen ergriffen wurde? Vgl. v. Schröter, in Schunk's Jahrb., Bd. 4, S. 33.

lungen, welche ſpäter auch beſondere Verbrechen bildeten, namentlich dem Stellionate nicht durchaus ſcharf gezogen wurde[7]).

Was die nähere Beſtimmung des Umfangs des Furtum betrifft, ſo geht das römiſche Recht von der Regel aus, daß durch die Handlung, wenn ſie Furtum ſein ſoll, *dominium* (im weiteren Sinne) oder *possessio* verletzt ſein müſſe. Wo es weder das Eine noch das Andere iſt, wird in der Regel das Daſein eines Furtum und die Zuläſſigkeit der furti actio verneint[8]). Deßhalb hat der Käufer nicht die furti actio und wird gegen ihn kein Furtum begangen, wenn die ihm noch nicht übergebene Sache entwendet wird[9]). Das Gleiche iſt bei Anderen der Fall, welche blos perſönliche Anſprüche auf Herausgabe der entwendeten Sache hatten[10]). Dagegen kann am bonae fid. possessor der entwendeten Sache[11]), am Pfandgläubiger[12]), am Uſufructuar und Uſuar[13]), überhaupt am dinglich Berechtigten, ſelbſt wenn er nicht beſitzt[14]), ein Furtum ſo begangen werden, daß ihnen die furti actio ſelbſtſtändig und unabhängig vom Rechte des Eigenthümers zuſteht[15]).

Ob aber auch an blos *perſönlich* Berechtigten, wenn ſie eine Sache *detiniren*, durch Entwendung derſelben ein Furtum begangen werden kann, darüber ſind die Anſichten ſehr verſchieden, und ſcheint hier auch die römiſche Doctrin etwas geſchwankt zu haben. Man wird hier unterſcheiden müſſen:

1) Wird durch das Furtum das *Eigenthum* verletzt, d. h. hat der Fur die Abſicht, eine fremde Sache ſich *anzueignen*, ſo können a) diejenigen Detentoren, welche dem Eigenthümer in Folge einer auf ſie von ihm geſchehenen Uebertragung der Detention[16]) für die Sache verantwortlich ſind, wie der Commodatar, der Conductor ꝛc. die furti actio

---

7) Vgl. L. 20. pr. L. 27. §. 3. L. 43. §. 3. L. 52. §. 15. 21—24. L. 66. §. 4. L. 75. D. eod. L. 29. §. 5. D. mand. (17. 1.) L. 3. D. de pign. act. (13. 7.) *Klien*, S. 133—144.

8) L. 80. §. 7. D. h. t. L. 17. §. 5. de praesc. verb. a. (19. 5.) Aber nur in der Regel. Zu weit gehen *Schömann*, Fragmente (Jena 1814), S. 13; *Unterholzner*, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 202 flg.; *Dollmann*, S. 4 flg.

9) Der *Verkäufer* hat hier die furti actio und muß die Klagen (furti actio, condictio furtiva und rei vind.) dem Käufer abtreten. L. 80. pr. L. 14. pr. D. h. t. Vgl. aber auch *Paulus*, rec. sent. II. 31. §. 17. Entwendet der Käufer dem Verkäufer die Sache, bevor er den Preis zahlte, ſo begeht er ein Furtum am Verkäufer. L. 14. §. 1. h. t.

10) L. 13. L. 66. §. 5. L. 85. D. h. t.

11) §. 15. J. h. t. L. 12. §. 1. L. 52. §. 10. L. 74. D. h. t. L. 20. D. rer. amotar. (25. 2.) Er hat die furti actio aus ähnlichen Gründen, wie die Publiciana actio. *Schrader*, in ſeiner Inſtit.-Ausg. S. 593. Ueber den malae fidei poss. ſ. L. 12. §. 1. D. h. t.

12) §. 14. J. h. t. L. 12. §. 2. L. 14. §. 5. 7. L. 46. §. 4. D. h. t.

13) L. 46. §. 1. 3. D. h. t.

14) L. 19. §. 6. L. 61. §. 8. L. 66. pr. D. h. t.

15) So daß wegen derſelben That der Eigenthümer, der Uſuar und der Pfandgläubiger zugleich auf Strafe klagen können. L. 46. §. 5. eod.

16) L. 53. §. 3. L. 85. eod.

anſtellen [17]), in welchem Falle dann aber der Eigenthümer ſelbſt nicht furti klagen kann, weil Jene ihm haften [18]); b) ſolchen Detentoren, welche aus anderen Gründen ein rechtliches Intereſſe in Beziehung auf die Sache haben, wird wenigſtens in zwei Fällen eine ſelbſtſtändige actio furti beſtimmt zugeſprochen; den einen Fall führt die L. 14. §. 17. h. t. an, eine Stelle, aus der man das Schwanken der römiſchen Juriſten über dieſen Punkt ſieht; der andere iſt, wenn dem Pachter die Früchte vom gepachteten Grundſtück entwendet werden [19]). Uebrigens iſt die hier (Nr. 1) berührte Frage für Begriff und Umfang des Furtum eigentlich ohne Intereſſe, denn es iſt jedenfalls in dieſen Fällen ſtets ein furtum ipsius rei vorhanden.

2) Wird durch das Furtum zunächſt nicht fremdes Eigenthum verletzt, ſondern die diebiſche Handlung vom Eigenthümer ſelbſt verübt, ſo iſt ein ſelbſtſtändiges Furtum an ſolchen Detentoren möglich, welchen entweder ein Retentionsrecht an der Sache zuſteht [20]), oder welche ein eventuelles Recht auf die Sache ſelbſt haben, wie wenn der Eigenthümer dem Pachter die Früchte von der gepachteten Sache entwendet [21]).

Was das Genauere über den Thatbeſtand des Furtum betrifft, ſo geht derſelbe dahin; zum Furtum wird erfordert:

1) als Gegenſtand eine in Jemandes Eigenthum befindliche [22]) bewegliche Sache [23]), jedoch gleichviel, ob die Sache an ſich zuvor beweg-

---

17) §. 15—17. J. h. t. L. 14. §. 3. 10—17. D. h. t.; außer ſofern ſie durch eine mala fides für die Sache verantwortlich wurden. §. 17. J. l. c. L. 14. §. 3. D. l. c.

18) Außer wenn ſie inſolvent ſind. J. l. c. L. 12. pr. D. h. t. Ueber die beſonderen Beſtimmungen in Beziehung auf das Commodat ſ. L. 22. C. h. t. §. 16. J. h. t. Daß in dieſen Fällen die furti actio eine abgeleitete Klage iſt, wie ſie Unterholzner (Verjährungslehre, Bd. 1, S. 203), und nun auch Dollmann (S. 43 flg.) nennt, iſt nicht zu bezweifeln.

19) L. 82. §. 1. L. 14. §. 2. D. eod.: quamvis domini non sint. L. 26. §. 1. Dieſe letztere Stelle widerſpricht in den Worten: quia ut primum decerptus esset, eius esse coepisset, nicht der L. 14. §. 2, denn dieſe Worte drücken blos das eventuelle dingliche Recht des Pachters auf die Früchte (weil er durch Perception das Eigenthum der Früchte erwerben kann), nicht aber den Satz aus, daß er durch die That des Diebes das Eigenthum an der Frucht erworben habe. S. auch Guil. Eduard Backe, bonae fidei poss. quem-adm. fructus suos fac. (Berol. 1825, 8.) p. 114. Vgl. auch L. 60. §. 5. D. locat. (19. 2.) Paulus, sent. II. 31. §. 30.

20) S. unten Note 51 flg.

21) L. 26. §. 1. L. 15. §. 1. D. de furt.

22) S. Note 73 u. 74. Vergl. auch Note 134. Daß die Sache in Jemandes Beſitze iſt, iſt nicht unbedingt erforderlich. Note 35.

23) L. 25. pr. eod. Früher war es beſtritten, ob nicht auch an einer unbeweglichen Sache ein Furtum verübt werden könne. §. 7. J. de usuc. (11. 6.) L. 38. D. de usurp. (41. 3.) Caius, comm. II. 51. Gellius, noct. att. XI. 18. med. Ein furtum usus wenigſtens könne auch nach dem neueſten röm. Rechte an unbeweglichen Sachen begangen werden, meint Schott in der Note 56 angef. Diss., aber freilich nur aus dem ganz ungenügenden Grunde, cum furtum usus in conversione rei alienae in suos usus cernatur!

lich war, oder es erſt durch die Entwendung mittelſt Trennung von einer unbeweglichen Sache wurde[24]);

2) contrectatio dieſer Sache, d. h. ſich der Sache bemächtigen und einen ſolchen Act mit ihr vornehmen, welcher in den mit dem vollen Eigenthume der Sache verbundenen Befugniſſen liegt, und durch welchen die Sache ſelbſt, oder blos ihr Beſitz dem Berechtigten entzogen, und vom Contrectirenden ſich angemaßt wird[25]).

Hieraus ergeben ſich drei Hauptrichtungen des Furtum, je nachdem die Abſicht des Contrectirenden auf unbefugte Zueignung der Sache ſelbſt, oder auf bloße Anmaßung eines Gebrauches derſelben, oder auf bloße unbefugte Beſitzergreifung ohne widerrechtliche Zueignung gerichtet iſt, furtum ipsius rei, furtum possessionis und furtum usus. Daß dieſe letzteren Ausdrücke bei den Römern als techniſche Bezeichnungen der verſchiedenen Fälle des Furtum gebraucht wurden, iſt zu bezweifeln[26]). Aber Hauptrichtungen der diebiſchen Contrectation ſollen ſie jedenfalls bezeichnen. Mehr techniſch ſcheint der Ausdruck: suae rei furtum gebraucht worden zu ſein, und ſchärfer und vollſtändiger würden allerdings die verſchiedenen Fälle des Furtum geſondert, wenn man von dieſer Beziehung ausginge, und in furtum rei alienae, furtum rei propriae oder suae und furtum usus eintheilte.

A) Furtum ipsius rei. Dieſes beſteht in einer ſolchen Contrectation, durch welche der Fur die Sache ſich völlig zueignen, das Eigenthum einer Sache ſich anmaßen oder wenigſtens dem Berechtigten die Sache ſelbſt bleibend entziehen will, ſei es mit oder ohne eigenmächtigen Eingriff in fremden Beſitz. Es gehört hierher namentlich

a) Entwenden einer fremden Sache aus fremder Detention in der Abſicht, ſie ſich zuzueignen[27]).

---

24) L. 25. §. 2. L. 26. §. 1. L. 52. §. 8. L. 57. D. h. t.

25) Theophilus, paraphr. II. 6. §. 3. Das die Handlung wider Willen des Berechtigten geſchah, liegt im contrectare an ſich noch nicht (§. 6. J. h. t. Caius, III. 195), eben ſo wenig, daß der Zweck des Thäters nicht blos auf Beſchädigen, Verderben ꝛc. gehen dürfe. Dieſes wird durch das weitere Requiſit des animus lucri faciendi, affectus furandi beſtimmt. Vgl. L. 22. pr. L. 65. D. h. t. L. 3. §. 18. D. de poss. (41. 2.) L. 8. §. 2. D. arb. furt. caes. (47. 7.) Noch weniger gehört zur contrectatio, oder iſt in ihr begriffen, der animus domini oder sibi habendi, wie Hepp (Verſuche ꝛc., S. 214 flg.) glaubt. Ueber das Requiſit der fraudulosa contrectatio ſ. Note 29.

26) Dollmann, S. 8 flg. In den auf uns gekommenen Quellen werden ſie wenigſtens nicht als ſolche gebraucht. Aber die Hauptrichtungen des Furtum ſollen dieſe Bezeichnungen offenbar andeuten, ſelbſt wenn man mit Birnbaum (neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 13, S. 420) und Dollmann, in den Note 4 angeführten Stellen das ipsius rei, usus und poss. nicht auf contrectatio, ſondern auf lucri faciendi causa beziehen wollte, was man aber nicht kann.

27) §. 6. J. h. t. §. 34. J. de R. D. (2. 1.) L. 21. L. 22. §. 1. L. 25. §. 2. L. 26. §. 1. D. h. t. Hierher gehört auch der Fall, wenn ein Dritter dem b. f. possessor eine Sache entwendet. §. 15. J. h. t. L. 52. §. 11. L. 74. D. h. t. Es iſt ein furtum ipsius rei, weil der Thäter die Sache ſelbſt,

Ob dieſe Entwendung heimlich oder offen geſchieht, iſt gleichgiltig (Note 88 flg.); ſelbſt wenn ſie mittelſt Gewalt gegen die Perſon des Beſitzers ausgeführt wird, iſt die Handlung doch Furtum [28]; nur bildet ſie der Gewalt wegen eine beſondere Unterart des Furtum (rapina, vi rapere). Es iſt nämlich nicht zu bezweifeln, daß die Römer ſchon in früherer Zeit unter dem Furtum auch den Raub begriffen und (vor dem Edict de vi bonis raptis) dieſen Fall des Furtum nicht beſonders auszeichneten. Auch die vom Furtum uns aufbehaltenen Definitionen ſind ſo gefaßt, daß der Raub unter das Furtum fallen mußte. Denn das Requiſit der contrect. fraudulosa ſchließt das Gewaltſame nicht aus [29]. Allmälig aber wurde der Raub beſonders ausgezeichnet, zuerſt durch das Lucull’ſche Edict de vi bonis raptis, und ſo mußte er in Hinſicht auf die ſtrafrechtlichen Folgen vom Furtum als ein qualificirter Fall deſſelben unterſchieden werden [30]. Im Gegenſatze zu ihm war dann das Furtum die nicht gewaltſame Entwendung [31], überhaupt der häufigere Fall, auf den ſich deßhalb auch viele Bezeichnungen beim Furtum beziehen [32]. Allein es war darum nicht nöthig, im Begriffe und Thatbeſtande des Furtum die Fälle des Raubes auszuſcheiden, da ſie doch zum Furtum gehörten, und alle Folgen des Furtum auch bei ihnen eintreten konnten, und ſo wird auch in Juſtinian's Rechtsbüchern der Raub Furtum genannt [33], und nur da vom Furtum unterſchieden, wo von den beſonderen Folgen des Raubes die Rede iſt, wie dieß überhaupt bei einer Verbrechensart im Verhältniſſe zu ihrer Gattung geſchieht.

b) Die Unterſchlagung, d. h. das widerrechtliche Zueignen einer Sache, welche der Thäter ſchon in Händen hatte, oder die er wenigſtens nicht erſt zum Zwecke der Zueignung aus fremder Detention entwendet. Namentlich gehört hierher die Veruntreuung von Sachen, welche

---

nicht blos ihren Beſitz, ſich widerrechtlich anmaßt, die Sache ſich zueignet. Anders iſt es, wenn der Eigenthümer der Thäter iſt. L. 20. §. 1. eod.

28) Ich war früher in meinem Lehrbuche anderer Meinung. Eben ſo ſind u. A. anderer Anſicht: Erhard, de furti not. p. 12, 13; Roßhirt, Cr. Archiv, Bd. 3, S. 79, 80, und wenigſtens in Beziehung auf das Juſtinianiſche Recht, Dollmann, S. 28, und Lud. Fred. Osc. Schwarze, comm. de crim. rapinae ex princ. iur. comm. (Dresd. et Lips. 1839, 8.) p. 6, 7, 10.

29) Es bezeichnet eben überhaupt das Doloſe, quod fraude fit. S. beſ. Schrader, in ſ. Inſtit.-Ausg. S. 581.

30) Der Räuber hieß deßhalb fur improbior. L. 14. §. 12. D. quod met. caus. (4. 2.) L. 2. §. 10. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) Vergl. auch L. 28. §. 5. D. de iureiur. (12. 2.)

31) Nicht die heimliche, wie meiſt die Aelteren annahmen. Selbſt noch Erhard und ſogar Heffter (Lehrbuch, 2. Ausg. §. 515) ſcheinen jede offen ausgeführte Anmaßung einer beweglichen Sache ꝛc. zur rapina zu zählen. Vgl. dagegen Schwarze l. c. p. 23 sq.

32) Subducere, subtrahere etc. Vgl. auch L. 9. C. h. t. L. 1. C. de his quae vi. (2. 20.) L. 2. §. 23. 24. D. de vi bon. rapt. (47. 8.) Nov. 134. c. 14. Auch Dollmann, S. 27, 28.

33) Pr. J. de vi bon. rapt. (4. 2.) L. 48. §. 7. L. 80. §. 3. D. de furt. (47. 2.) Schrader l. c. Auch Heffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 489, Note 5.

der Eigenthümer dem Thäter anvertraut hatte [34]), und die widerrechtliche Zueignung gefundener Sachen [35]).

c) Wenn der Beſitzer einer fremden Sache dieſelbe im böſen Glauben veräußert [36]), oder dem Eigenthümer durch Adjunction, Confuſion ꝛc. derſelben das Eigenthum entzieht [37]). Furtum ſind dieſe Fälle, weil hier der Thäter ſich die Sache ſelbſt widerrechtlich anmaßt und den Eigenthümer um dieſelbe bringt [38]).

d) Wiſſentlich unbefugte Annahme einer Nichtſchuld und betrügliches Einziehen fremder Forderungen und Aneignen ihres Gegenſtandes [39]). Ein

---

34) Beiſpiele in L. 1. §. 2. L. 33. L. 43. §. 1. L. 46. §. 6. L. 52. §. 7. §. 16. L. 67. pr. D. h. t. L. 29. pr. D. de poss. (16. 3.) L. 22. §. 7. D. mand. (17. 1.) L. 1. §. 22. L. 2. §. 1. D. de tut. et rat. distr. (27. 3.) L. 25. D. de donat. (39. 5.) Durch intervertere wird zwar dieſe Handlung häufig in den Quellen bezeichnet; der Ausdruck iſt aber nicht eine techniſche Bezeichnung dieſes Falles. Gewöhnlich geſchieht die Unterſchlagung durch eigenmächtiges Verwandeln der detentio in possessio. Es iſt dieß aber nicht der einzige Fall. Sie kann auch geſchehen durch widerrechtliches Zueignen einer Sache, die man ſchon rechtlich in der possessio (im e. S.) hatte, nämlich wenn der Fauſtpfandgläubiger unterſchlägt (L. 52. §. 7. h. t.), ferner dadurch, daß der Thäter eine Sache, deren Detention er ergreifen durfte, oder die in Niemandes Beſitz iſt, ſofort in der widerrechtlichen Abſicht, ſie ſich zuzueignen (in ſeine possessio) ergreift. Hat der Thäter eine fremde Sache widerrechtlich und eigenmächtig ergriffen, aber nicht animo furandi (nicht, um ſie ſich zuzueignen, ſondern z. B. blos, um den Eigenthümer zu ärgern, ſie ihm zu zerſtören ꝛc.) und er contrectirt ſie ſpäter animo furandi, ſo gehört der Fall ebenfalls hierher (vgl. Heffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 496, Note 5).

35) L. 43. §. 4. 11. D. h. t. L. 9. §. 8. L. 31. §. 1. L. 44. D. de dominio. (41. 1.) §. 48. J. de R. D. (2. 1.) Es ergibt ſich hieraus, daß an einer Sache, die in Niemandes Beſitze iſt, wohl ein Furtum begangen werden kann. Vgl. auch Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 214 flg. Im älteren röm. Rechte ſcheint dieß anders geweſen zu ſein. L. 1. §. 15. D. si is, qui test. liber. (47. 4.), eine Stelle, welcher v. Buchholz (jur. Abhandlungen, S. 335, 336) eine entſchieden unrichtige Beziehung gibt. Vergl. auch die Note 7 angef. Stellen. Martin (Lehrbuch, 2. Aufl, §. 141, Note 5, §. 161) ſcheint ſogar überhaupt anzunehmen, daß nach röm. Rechte an einer beſitzloſen Sache ein Furtum nicht habe verübt werden können.

36) L. 6. 16. C. h. t. L. 73. D. h. t. L. 78. L. 94. §. 2. D. de solut. (46. 3.) §. 3. J. de usuc. (2. 6.) Zur Erklärung der L. 73. cit. vergl. Schilling, Lehrbuch für Inſtit. und Geſch. des röm. Privatr., Bd. 2, S. 696, Note m.

37) S. Rechtslexikon, Bd. 1, S. 24, Note 50.

38) Größtentheils werden ſie ſchon unter die Unterſchlagung (lit. b) fallen. — Begeht derjenige ein Furtum, welcher eine fremde Sache im guten Glauben in den Beſitz bekommt, ſpäter aber, ehe er ſie erſaß, erfährt, daß ſie ihm nicht gehört, und ſie nun vor dem Eigenthümer verheimlicht, um ſie ihm zu entziehen? Vgl. L. 6. pr. L. 40. §. 2. D. de poss. (41. 2.) mit L. 4. pr. D. pro suo. (41. 10.) Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 437. v. Savigny, Beſitz, 6. Ausg., §. 41, S. 548 flg.

39) L. 43. pr. L. 66. §. 3. L. 80. §. 5—7. D. de furt. L. 14. D. de condict. causa dat. (12. 4.) L. 18. D. de condict. furt. (13. 1.) L. 38. §. 1. D. de solut. (46. 3.) Es iſt übrigens unter den Civiliſten beſtritten, ob die doloſe Annahme einer Nichtſchuld Furtum ſei. Glück, Erläut. der Pand., Bd. 13, S. 168 flg. Geleugnet wird es z. B. von Mühlenbruch, Pan-

Furtum iſt hier vorhanden, weil der Thäter Sachen eines **Dritten** ergreift, um ſie ſich auf widerrechtliche Weiſe zuzueignen[40]).

e) Betrügliches Durchſtreichen einer Schuldurkunde, um den Gläubiger um ſeine Forderung zu bringen, und ſich von der Schuld zu befreien[41]). — Dieſer Fall bildet als Fall des **Furtum** eine große Anomalie. Dabei iſt es aber zu weit gegangen, wenn behauptet wird, die Entwendung der Schuldurkunde von Seiten des Schuldners oder der Quittung von Seiten des Gläubigers gehöre auch **hierher**, indem ſie nach römiſchem Rechte für ein Furtum des **Betrages der Schuld** gelte[42]). Dieſes iſt unrichtig. Dieſer Fall gehört unter die oben lit. a angeführte Kategorie; lediglich die **Urkunde** iſt es, welche hier als geſtohlene gilt (vergl. die Stellen der folgenden Noten). Nur mußte hier die Frage entſtehen, wie in einem ſolchen Falle bei der furti actio die **Privatſtrafe zu berechnen ſei**. Manche römiſche Juriſten meinten, es ſei blos der Werth der Urkunde an ſich (der tabulae) zum Grunde zu legen[43]). Allein die Meiſten — und dieſe Anſicht ging auch in unſere Rechtsbücher über — glaubten, es ſei auch hier das **ganze Intereſſe** des Beſtohlenen zu verdoppeln oder zu vervierfachen, und dieſes Intereſſe beſtehe, wenn der Gläubiger die Schuld oder der Schuldner die Befreiung nicht durch andere Urkunden erweiſen könne[44]), im Zweifel im Betrage deſſen, worauf die Schuldurkunde oder die Quittung laute[45]).

B) **Furtum possessionis.** Daß dieſer Ausdruck bei den Römern Kunſtausdruck für gewiſſe Fälle des Furtum war, iſt zu bezweifeln (Note 25). Aber **welche** Richtung des Furtum ſoll die in den Defi-

---

dektenr., §. 380. Wilh. **Francke**, Beiträge ꝛc., Abthl. 1, 1838, S. 95 flg. S. aber **Glück** a. a. O. **Sell**, de condictionibus; quaest. II. (Darmst. 1834), p. 98 sq.; auch **Heimbach**, Rechtslexikon, Bd. 2, S. 894. Auch **Dollmann**, S. 16 flg., leugnet es, und behauptet, wie ſchon vor ihm **Francke** a. a. O., ein Furtum ſei hier nur dann vorhanden geweſen, wenn die **Uebergabe** der Sache durch einen **weſentlichen** Irrthum in Perſon oder Sache **nichtig** war, und **deßhalb** die Eigenthumsübertragung nicht eintrat. Allein **Dollmann** übergeht es, gerade auf die Hauptſtellen (L. 18. u. L. 38. §. 1. cit.) ſich näher einzulaſſen, bei welchen, wenn auch die Römer bei einzelnen Fällen zwiſchen Stellionat und Furtum geſchwankt haben mochten (L. 29. §. 5. D. mand. (17. 1.), ſich doch nur das im Texte angegebene Reſultat annehmen läßt; denn was **Francke**, a. a. O., über jene Stellen ausführt, dürfte nicht geeignet ſein, ſie zu beſeitigen.

40) Vgl. auch **Klien**, S. 136 flg.

41) L. 27. §. 3. L. 31. §. 1.; vergl. auch L. 52. §. 23. D. h. t. L. 41. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

42) Ich war auch in meinem Lehrbuche, Bd. 2, S. 275, dieſer Anſicht. — **Hepp**, in ſeinen Verſuchen S. 218, ſcheint es nicht blos auch anzunehmen, ſondern zu glauben, daß es nicht einmal eine Anomalie wäre. Er ſagt: durch die Wegnahme der Schuldurkunde wird ja auch wirklich ſo viel genommen (?), als der Dieb ſchuldig war. Denn in Beziehung auf ihn iſt die Forderung dadurch getilgt (??), und der Gläubiger verliert die Summe, auf welche die Urkunde lautet. Vgl. L. 27. §. 1. 2. L. 32. h. t.

43) L. 32. pr. h. t.

44) L. 27. §. 1. 2. L. 32. pr. §. 1. h. t.

45) L. 27. §. 2. L. 28. pr. L. 82. §. 3. h. t.

nitionen des Furtum aufgenommene contrectatio possessionis rei bezeichnen? Theophilus meint (paraphras. IV. 1. §. 1), gewiſſe Fälle der Unterſchlagung, indem er als Beiſpiel anführt: wenn der Depoſitar oder der Pfandgläubiger die Sache ſich aneignet, weil dadurch dem Eigenthümer die possessio entzogen werde.

Auf die Auctorität von Theophilus behaupten auch wirklich einige unſerer Schriftſteller[46]), daß die Unterſchlagung der (einzige) Fall des f. possessionis ſei[47]), und daß die Fälle, welche die gewöhnliche Meinung zum f. possessionis zähle, nicht zu dieſem, ſondern zum f. ipsius rei gehören. Allein abgeſehen davon, daß ſchon die Faſſung des hierher gehörigen Inſtitutionentitels gegen die Anſicht von Theophilus ſprechen dürfte[48]), ſo müßte ſie auf innere Widerſprüche und grobe Inconſequenzen führen. Denn bei ihr müßte man conſequenterweiſe gerade den Hauptfall des f. ipsius rei, den oben unter lit. a bei Note 27 angeführten Fall, nicht zum f. ipsius rei, ſondern zum f. possessionis zählen, da ja auch in dieſem Falle die possessio dem Eigenthümer entzogen wird! Freilich entzieht ihm hier der Fur auch die Sache ſelbſt, und will ſie ſich zueignen. Allein dieſes thut er ja auch bei der Unterſchlagung. Und dann, wie ſollte es ſich denn irgend erklären laſſen, daß in den Fällen, in welchen gerade nichts weiter als die possessio entwendet wird (z. B. wenn der Eigenthümer dem Fauſtpfandgläubiger das Pfand entwendet), kein possessionis furtum vorhanden ſein ſoll? Zu erklären ſuchen dieß auch die Anhänger dieſer Anſicht nicht; ſondern ſie ſagen eben, in dieſen Fällen werde in den Quellen die That ein furtum suae rei genannt und von rem subripere geſprochen, alſo — ſei es ein furtum ipsius rei. Allein dieß kann ſchon deßwegen nichts beweiſen, weil, wenn auch blos vom Furtum des Beſitzes die Rede iſt, doch eine Sache zunächſt es ſein muß, die der Fur wegnimmt. Auch iſt dabei überſehen, daß auf die gleiche Weiſe die Quellen ja auch von den Fällen ſprechen, welche die angeführten Schriftſteller zum furtum possessionis zählen[49]). Will man ſich nicht in unauflösliche Widerſprüche ver-

---

46) Marezoll, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 8, S. 284. v. Buchholz, juriſt. Abhandlungen, 1833, S. 323—339. Auch Abegg, Lehrbuch des Criminalr. §. 342, ſcheint Buchholz beizutreten.

47) v. Buchholz geht eigentlich noch weiter, als die Beiſpiele von Theophilus. Er behauptet, f. poss. ſei, „wenn Jemand, der eine Sache in einem, nicht mit allen juriſtiſchen Wirkungen verſehenen, Beſitze hat, ſich wider beſſeres Wiſſen in habſüchtiger Abſicht einen Beſitz mit vollen juriſtiſchen Wirkungen durch eine äußere Handlung zueignen, alſo ſeine Detention oder ſeinen Interdictsbeſitz in Uſucapionsbeſitz (?!) verwandeln will.“ Von einem ſolchen Falle ſpricht Theophilus offenbar nicht (denn zu ſeiner Zeit galt ja die usuc. pro herede lucrat. nicht mehr). Zwar ſagt v. Buchholz: „Verwandlung der Detention in bloßen Interdictsbeſitz genügt noch nicht, weil ja Theophilus verlangt, daß der possessionis fur als dominus beſitze.“ Allein beſitzt denn der Interdictsbeſitzer nicht auch ὡς δεσποτης?

48) Schrader, in ſ. Inſtit.-Ausg. S. 581.

49) Z. B. L. 71. pr. h. t.: Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit. Daß die L. 1. §. 15. D. si is, qui test. lib. (47. 4.),

wickeln, ſo kann man, wenn man, wie es unſere Quellen thun, verſchiedene Richtungen des Furtum durch res ipsa, possessio und usus unterſcheidet, dieſe Unterſcheidung nur danach beſtimmen, ob die Sache ſelbſt vom Fur ſich angeeignet und dem Berechtigten völlig entzogen wird (furtum ipsius rei), oder ob blos ein unrechtlicher Gebrauch derſelben Zweck des Fur iſt, oder endlich, ob es ſich weder von einem widerrechtlichen Zueignen der Sache, noch von einem widerrechtlichen Gebrauche, ſondern lediglich von einem widerrechtlichen Ergreifen des Beſitzes und Entziehen der Beſitzvortheile handelt (furtum possessionis). Letzteres iſt aber nur vorhanden, wenn derjenige, der die Sache als die ſeinige behandelt, ſomit ſich zueignen darf, den ihm nicht gebührenden Beſitz der Sache entwendet, alſo lediglich der Beſitz es iſt, auf den die widerrechtliche That geht. Es gehören ſomit zum furtum possessionis diejenigen Fälle des furtum suae rei[50]), in welchen blos der Beſitz der Sache es iſt, den der Eigenthümer der Sache einem dritten Berechtigten widerrechtlich entzieht. Nicht aber gehören zu demſelben alle Fälle des furtum suae rei; denn bei dem letzteren kommen auch Fälle vor, in welchen es ſich nicht um Beſitzentziehung (Note 54), und Fälle, in welchen es ſich um mehr, als bloße Entziehung des Beſitzes und der mit demſelben verbundenen Vortheile (Note 55) handelt. **Furtum suae rei** iſt nämlich vorhanden, wenn der Eigenthümer ſeine Sache demjenigen, der ſie im guten Glauben beſitzt[51]), oder demjenigen, der ſie, ſei es wegen dinglichen oder wegen perſönlichen Rechtes, detinirt und ein Retentionsrecht hat[52]), oder wenn er dem Fauſt-

---

welche v. Buchholz hierher zieht, hierher nicht gehöre, bemerkt ſchon Schrader a. a. O. Auch läßt ſich in der That gar nicht denken, was die Stelle für die Buchholz'ſche Anſicht beweiſen ſoll. Sie ſagt nur: si nullus sit possessor, furtum negat fieri, was wenigſtens nach dem ſpäteren röm. Rechte entſchieden nicht ſo iſt. Sollte aber v. Buchholz glauben, nach furtum ſei etwa possessionis hinein zu denken, ſo ſollte man freilich meinen, daß ſie blos einen ſich von ſelbſt verſtehenden Satz ausſpreche, d. h. den, wo kein Beſitzer iſt, ſei auch kein f. poss. möglich. Allein nach v. Buchholz's Anſicht kann ja gerade auch am Nichtbeſitzer ein Beſitzdiebſtahl verübt werden (beim furtum an verlorenen Sachen).

50) §. 10. J. h. t. Uebrigens dürften ſchon die gewöhnlichen römiſchen Beſchreibungen des Furtum (z. B. §. 6. J. eod. Caius, III. 195. Paulus, rec. sent. II. 31. §. 1. 21.), beweiſen, daß das f. possessionis erſt ſpäter zum Furtum gezählt wurde. Denn daß unter res aliena hier auch die dem Eigenthümer nicht gebührende Poſſeſſio verſtanden worden ſei (wie Schwarze in der Note 28 angef. commentat. de rap. p. 8 u. 9, glaubt), läßt ſich nicht annehmen. Vgl. auch Klien, S. 233. — Unrichtig iſt es wohl, wenn Dollmann, S. 5, zum Furtum auch den Fall zählt, wenn ein Unberechtigter ein Retentionsrecht gegen den Eigenthümer ausüben will. Er ſagt ſelbſt, daß er aus den Quellen nichts dafür anführen könne. Abgeſehen davon, daß die Handlung in das Gebiet der vom Furtum getrennten Selbſthilfe fällt, ſo iſt die Behauptung im Widerſpruche mit Dollmann's eigenen Anſichten über die Art von possessio, deren Anmaßung er zum Furtum für erforderlich hält.

51) L. 20. §. 1. L. 53. §. 4. D. h. t.

52) L. 15. §. 1. 2. L. 20. §. 1. L. 59. D. h. t.

pfandgläubiger das Fauſtpfand[53]) entwendet; außerdem aber auch, wenn der Eigenthümer die durch beſonderen Vertrag verpfändete, in ſeinen Händen befindliche bewegliche Sache veräußert[54]), und wenn er die Früchte ſeiner Sache dem zum Fruchtgenuß Berechtigten entwendet[55]).

C) Furtum usus, d. h. widerrechtliche Anmaßung des bloßen Gebrauches einer Sache oder Ueberſchreitung des geſtatteten Gebrauches derſelben[56]). Keineswegs iſt zu dieſem Furtum erforderlich, daß die Sache dem Fur vorher durch einen Contract (Depoſitum, Commodat u. dergl.) anvertraut war[57]). Auch das eigenmächtige Hinwegnehmen einer fremden Sache, blos um ſie zu gebrauchen (nicht um ſie zu verbrauchen), z. B. das Benutzen eines fremden Gefährtes zum Fahren, eines fremden Hengſtes zum Beſchelen, iſt furtum usus[58]).

3) Die rechtsverletzende That muß wirklich ausgeführt, das Furtum vollendet ſein. Es gehört dieſes zum weſentlichen Thatbeſtande des Furtum, weil das Furtum Privatdelict, ſomit ein Verſuch deſſelben als Furtum[59]) nicht ſtrafbar war. Es iſt daher namentlich kein Furtum vorhanden:

a) wenn die Contrectation objectiv nicht zur Ausführung gebracht wurde[60]). Was zur Ausführung der Contrectation, ſomit zur Vollendung des Furtum in dieſer Beziehung gehört, ergibt ſich aus den einzelnen Richtungen der diebiſchen Contrectation; es muß die Handlung, welche in einer der oben bezeichneten Richtungen der Contrectation liegt, vollendet ſein, ſollte auch im Uebrigen der Thäter ſeine Zwecke nicht voll-

53) L. 19. §. 5. 6. L. 20. pr. D. eod. L. 36. pr. D. de pign. act. (13. 7.) §. 10. 14. J. h. t.

54) L. 66. pr. L. 19. §. 6. D. h. t.

55) Vgl. Note 21. Der Entwendende iſt zwar hier Eigenthümer der Sache, und bleibt es, wenn ein Pachter oder Uſufructuar der Verletzte iſt, auch nach der Trennung der Früchte von der fruchttragenden Sache (Note 19). Allein hier iſt es doch nicht blos der Beſitz der Sache, den er ſich widerrechtlich verſchaffen will, ſondern er will die Sache ſelbſt, auf deren Aneignung und Erwerbung ein Dritter das Recht hat, dieſem völlig entziehen und ſich widerrechtlicher Weiſe bleibend aneignen.

56) L. 40. 48. §. 4. L. 54. pr. §. 1. L. 76. pr. L. 82. pr. D. h. t. L. 5. §. 8. D. commod. (13. 6.) L. 16. D. de condict. furt. (13. 1.) Verbraucht derjenige, welchem Sachen zur Verwaltung oder Aufbewahrung anvertraut ſind, dieſelben, ſo begeht er, ſelbſt wenn er die Abſicht des Erſatzes haben ſollte, kein f. usus, ſondern ipsius rei (Unterſchlagung). Denn im Verbrauchen liegt eine Aneignung der Sache. Dieß iſt ganz überſehen in der auch ſonſt unbedeutenden und mißrathenen Diſſert. von Aug. Frid. Schott, de furto usus. (Lips. 1775, 4.) p. 5.

57) Wie Manche glauben, z. B. Klien, S. 177, 179 flg. Henr. Luden, D. de furti notione sec. ius Rom. (Jen. 1831, 8.) p. 27.

58) L. 52. §. 20. D. eod. Vgl. auch L. 15. D. de condict. causa dat. (12. 4.) a. E. L. 14. D. commodati. (13. 6.) Der richtigen Anſicht ſind u. A. Roßhirt, im Archiv, Bd. 3, S. 75; Heffter, Lehrbuch, 2. A., §. 496, Note 5.

59) Wohl aber kann er ein anderes conſummirtes Verbrechen, z. B. eine Injurie, bilden (Note 60).

60) L. 21. §. 7. L. 52. §. 19. D. h. t. Paulus, rec. sent. II. 31. §. 35.

ſtändig erreicht haben. Es muß alſo beim furtum usus ein Gebrauch mit der Sache wirklich ſchon gemacht[61]), beim f. possessionis der Beſitz dem Berechtigten wirklich ſchon entzogen[62]), beim f. ipsius rei durch Veräußerung der Sache (oben Note 36) die Veräußerung ſelbſt durch Uebergabe der Sache vollzogen[63]) worden ſein. So iſt ferner zur Conſummation desjenigen furtum ipsius rei, welches in der Zueignung der Sache durch Entwenden aus fremdem Gewahrſam beſteht (oben Note 27), erforderlich, aber auch hinreichend, daß der Fur dem Berechtigten den Beſitz der Sache entzieht und ſich denſelben erwirbt, alſo die Sache ergriffen und in ſeine Gewalt gebracht hat mit der Abſicht, ſie ſich zuzueignen[64]). Es wird dieß auch durch tollere, loco movere, amovere etc. bezeichnet, weil mit einer ſolchen Contrectation ſtets ein Wegnehmen der Sache von ihrer Stelle verbunden iſt. Oft wird auch der Ausdruck auferre gebraucht. Daß aber damit nicht ein wirkliches Wegtragen, auch nicht einmal ein Beginnen des Wegtragens als Requiſit der Conſummation bezeichnet werden ſoll, ſondern blos das, was der Fur gewöhnlich thut und thun will, beweiſen ſchon die Grundſätze über das furtum manifestum und die L. 21. §. 10. h. t.[65]) Bei der Unterſchlagung (oben Note 34, 35) reicht zur Conſummation die Abſicht, die Sache, die man detinirt, zu behalten, nicht hin, eben ſo wenig das Ableugnen der Sache gegen den zurückfordernden Eigenthümer, ſondern der Thäter muß auch hier die Sache beſonders ergreifen in der Abſicht, ſie ſich zuzueignen[66]).

b) Wenn die Contrectation mit Zuſtimmung des Berechtigten geſchah. Wußte dieß der Wegnehmende, ſo kann natürlich ſchon an ſich von einem Furtum nicht die Rede ſein[67]). Wußte er es aber nicht und glaubte er daher ein Furtum zu begehen, ſo iſt die Handlung doch kein Furtum und ſtraflos, weil, ſobald der Berechtigte nichts gegen die Wegnahme hatte, in einem ſolchen Falle blos von einem Verſuche die

---

61) S. die Stellen der Note 56. Keineswegs iſt aber nöthig, daß der Fur den ganzen Gebrauch, den er zu machen beabſichtigte, wirklich gemacht hat. Es genügt, wenn er den Gebrauch zu machen begonnen, und dadurch ſchon irgend einen unerlaubten Gebrauch gemacht hat.

62) Die Stellen der Noten 51—53.

63) Caius, comm. II. 50.: Qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit, etiam si ex alia causa tradatur. Vgl. §. 3. J. de usucap. (2. 6.)

64) L. 21. pr. §. 8. 10. L. 22. D. h. t. L. 10. pr. D. de condict. furt. (13. 1.) Klien, S. 130, 246—265.

65) Quamvis autem earum quoque rerum, quas quis non abstulit, furti teneatur etc. Vergl. auch L. 21. pr. §. 8. h. t., über dieſe Stellen Klien, S. 254 flg., und meine Abhandl. über Conſummation des Diebſtahls, im neuen Archiv des Crim.-R. 1840, Heft 2.

66) L. 1. §. 2. L. 52. §. 19. L. 67. pr. D. h. t. L. 3. §. 18. D. de poss. (41. 2.) v. Savigny, Recht des Beſitzes (6. Aufl.), §. 33, S. 431 flg. — Unrichtig iſt es, wenn Dollmann S. 74 ſagt, das Furtum könne „ohne irgend eine Aenderung der factiſchen Lage der Sache vollbracht werden."

67) War die fremde Sache in der Detention eines Dritten (z. B. bei einem Dritten deponirt), und geſtattete der Detentor wider des Eigenthümers Willen die Wegnahme, ſo iſt die Handlung doch ein Furtum. Sie fällt dann unter den zweiten Fall des f. ipsius rei (oben A b).

Rede ſein könnte [68]). Ueber einen Fall war bei den Römern Streit: wenn nämlich der Berechtigte die Wegnahme, ohne in ſie wirklich einzuwilligen, doch nicht verhindert, während er ſie hätte verhindern können, oder er, von der Abſicht des Fur unterrichtet, die Wegnahme blos in der Abſicht geſchehen läßt, um den Thäter zu ertappen. Manche, z. B. Labeo und Cajus, verneinten hier das Daſein eines Furtum [69]), Andere, wie Paulus, bejahten es [70]), und Juſtinian entſchied für die letztere Anſicht [71]). Dieß auch ganz mit Recht. Denn eigentlich liegt hier gar nicht ein bloßer Verſuch des Furtum [72]), ſondern an ſich ſchon ein vollendetes Furtum vor, da hier der Berechtigte keineswegs darein willigen wollte, daß ihm die Sache wirklich entzogen werde.

c) Wenn Niemand an der Sache Rechte hatte oder die Handlung gegen einen Solchen begangen wurde, dem keine Privatrechte in Beziehung auf die Sache zugeſtanden, ſollte auch der Thäter geglaubt haben, gegen einen Berechtigten zu handeln [73]) [74]).

d) Wenn die Sache eine ſolche war, an der ein Furtum nicht verübt werden kann (z. B. Note 171), ſollte auch der Thäter dieſe Eigen-

---

68) L. 46. §. 8. D. h. t. Dieſer Grundſatz wurde durch Juſtinian's Entſcheidung in den Stellen der Note 71 nicht aufgehoben. Dieſe handeln gar nicht von wahrer Einwilligung. And. Mein. ſcheint Luden, über den Verſuch des Verbr., S. 190, zu ſein.

69) L. 91. D. h. t. Caius, comm. III. 198.

70) L. 91. cit. Labeo L. 2. Pithan. a Paulo epit. Si quis, cum sciret, quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere. Paulus: Imo contra; nam si quis scit sibi rapi, et quia non potest prohibere, quievit: furti agere potest. At si potuit prohibere, nec prohibuit: nihilominus furti aget. Et hoc modo patronus quoque liberto, et is, cuius magna verecundia, ei quem in praesentia pudor ad resistendum impedit furtum facere solet.

71) L. 20. C. h. t. §. 8. J. eod.

72) Wie z. B. Schrader, in ſ. Inſtit.-Ausg. S. 588, und H. Luden, über den Verſuch des Verbr., S. 190, annehmen. Allerdings ſagt auch Juſtinian a. a. O.: Secundum iuris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra domini voluntatem res eius contrectat. Allein am Ende entſcheidet er dann doch für die furti actio, und ſein Zweifelsgrund iſt nur ein unrichtiger. Die Frage iſt jetzt noch praktiſch wichtig. Daß nach teutſchem Rechte, das den Verſuch des Diebſtahls beſtraft, hier jedenfalls Strafe eintreten müßte, leidet keinen Zweifel; aber ob bloße Verſuchsſtrafe, oder die Strafe des vollendeten Diebſtahls, dieß hängt von der im Texte berührten Frage ab. — Von der anderen Seite geht Luden, a. a. O. S. 191, nach röm. Rechte viel zu weit, wenn er Juſtinian's Entſcheidung „aus Gleichheit des Grundes" auch auf Denjenigen anwenden will, der eine fremde Sache diebiſch zu erfaſſen meinte, während es ſeine eigene war, die er wirklich ergriff. Wer ſoll dann in einem ſolchen Falle die furti actio haben? Ueberhaupt geht der allgemeine Satz, den Luden, a. a. O. S. 197, über Beſtrafung des Verſuchs des Furtum nach römiſchem Rechte aufſtellt, viel zu weit.

73) 74) L. 43. §. 5. L. 14. §. 4. L. 76. §. 1. D. h. t. Mein Lehrbuch Bd. 1, S. 255; Bd. 2, S. 277. Deßhalb konnte an einer herrenloſen Sache ein Furtum nicht begangen werden, ſollte auch der Thäter geglaubt haben, ſie ſei nicht herrenlos. L. 43. §. 5. cit.

ſchaft der Sache nicht gekannt haben[75]). Hierher gehört auch, wenn der Eigenthümer ſeine eigene Sache entwendet[76]), in der Meinung, ſie gehöre einem Dritten.

4) *Dolus* des Thäters[77]), d. h. das Bewußtſein, fremde Rechte eigenmächtig zu verletzen. Es iſt daher ein Furtum, überhaupt eine ſtrafbare Handlung, namentlich nicht vorhanden, wenn der Thäter aus *Rechtsirrthum* nicht wußte, daß er fremde Rechte durch ſeine That verletzte, z. B. wenn er aus Rechtsirrthum die fremde Sache für die ſeinige hielt[78]), oder dieſes aus factiſchem Irrthum nicht wußte, z. B. eine gefundene Sache irrigerweiſe derelinquirt oder aus factiſchem Irrthum eine fremde Sache für die ſeinige hielt[79]), ferner wenn er *glaubte*, mit Zuſtimmung des Berechtigten zu handeln, oder ſie vorausſetzen zu können[80]).

5) Abſicht, durch die Contrectation der Sache ſich einen Vermögensvortheil zu verſchaffen, oder wie die römiſchen Quellen ſagen, animus lucri faciendi[81]). Drückt dieſes Requiſit zwar zunächſt nur die Abſicht aus, *den* Vermögensvortheil zu erhalten, der durch die Erwerbung von Sachen ſelbſt oder ihres Beſitzes oder durch ihren Gebrauch, alſo durch die Dispoſition über ein Vermögensſtück, oder durch Freiwerden von Verbindlichkeiten (Note 41) erlangt wird[82]), ſo iſt von der anderen Seite es doch nicht ſtreng wörtlich zu nehmen, und ſeine Bedeutung mehr eine negative. Denn es ſollen dadurch hauptſächlich *die* Fälle vom Furtum ausgeſchloſſen werden, in welchen die Contrectation der Sache *blos* den

75) L. 6. D. expil. hered. (47. 19.)

76) Falls die That nicht unter die Kategorie des furtum suae rei fällt.

77) L. 1. §. 3. (vgl. Note 29.) L. 46. §. 7. L. 50. §. 2. D. h. t.

78) L. 21. §. 3. D. eod. L. 36. §. 1. L. 37. pr. D. de usurp. (41. 3.) Vgl. auch §. 1. J. vi bon. rapt. (4. 2.) Keineswegs iſt die letztere Stelle mit L. 8. D. de ignor. (22. 6.) in Beziehung zu bringen, wie *Martin*, Lehrbuch, 2. A., §. 144, Note 2, glaubt. Denn die Regel, daß iuris error in damnis amittendae rei non nocet, wird vom röm. Rechte nirgends auf Delicte und deren Strafen bezogen. Deßhalb könnte auch, wenn der Thäter das *Stehlen ſelbſt* für erlaubt gehalten zu haben behaupten würde, dieſe Berufung ihn nicht entſchuldigen. Mein Lehrb. Bd. 1, S. 120, 121.

79) L. 36. pr.; ferner L. 43. §. 6. 10. 11. D. h. t. L. 57. D. mand. (17. 1.) §. 4. J. de usucap. (2. 6.) Weiß der Thäter, daß die Sache eine fremde iſt, und verwechſelt er ſie nur mit einer anderen fremden, oder kennt gewiſſe Eigenſchaften derſelben nicht, z. B. er ſtiehlt fremde Steine, weiß aber nicht, daß es *Grenzſteine* ſind, ſo fehlt hier natürlich der zu einem Furtum überhaupt nöthige Dolus nicht. Hieraus erklärt ſich L. 2. D. de term. mot. (47. 21.) a. E.

80) L. 46. §. 7. D. h. t. Deßhalb iſt auch kein furtum usus vorhanden, wenn Derjenige, welcher den Gebrauch ſich anmaßt oder überſchreitet, *glaubt* — ſei es auch ganz irrig und unter Umſtänden, unter welchen er es nicht hätte vorausſetzen ſollen — der Eigenthümer werde nichts dagegen haben. §. 7. J. h. t. L. 76. pr. D. h. t. Nur kann er in einem ſolchen Falle wegen Culpa auf Erſatz belangt werden. D. l. c.

81) L. 1. §. 3. L. 43. §. 4. L. 65. D. eod. Nach der gewöhnlichen Leſeart gehört auch §. 1. J. eod. hierher. Allein die Worte lucri fac. grat. ſind hier wohl unecht.

82) *Klien*, S. 305 flg. *Grolman*, Grundſ. §. 181.

Zweck hat, den Eigenthümer zu kränken, ihm ſeine Sache zu verderben, ſie ihm lediglich zu entziehen oder ſie zu vernichten, ohne ſie ſich ſelbſt oder einen Nutzen daraus anzueignen [83]). Deßhalb iſt weder Habſucht, noch Gewinnſucht, noch Abſicht, ſein Vermögen bleibend zu vermehren oder ſich etwas zu erſparen zum Furtum in ſubjectiver Hinſicht erforderlich (wie Viele jenes Requiſit auffaßten), was ſich ſchon dadurch erweiſt, daß wer Eß= oder Trinkwaaren, blos um ſie zu naſchen und gleich zu genießen, oder wer Sachen, um ſie ſofort zu verſchenken, entwendet, ein Furtum begeht [84]).

Die unter Nr. 4 und 5 angeführten Theile des Thatbeſtandes des Furtum bezeichnen die römiſchen Quellen zuſammen auch durch **animus** oder **affectus furandi** [85]).

In Beziehung auf die Strafe [86]) unterſcheidet das römiſche Recht (ſchon die 12 Tafeln) zwiſchen furtum manifestum und nec manifestum. **Furtum manifestum** iſt [87]), wenn der Fur nach geſchehener Entwendung mit dem Entwendeten auf der That oder am Orte des Diebſtahles oder wenigſtens, noch ehe er es an den Ort, wo er es am Tage des Diebſtahles bergen oder mit dem Entwendeten bleiben wollte, brachte,

---

83) Den Gegenſatz zum animus damnum dandi, iniuriandi etc. L. 22. pr. L. 53. pr. D. h. t. L. 41. §. 1. D. ad leg. Aqu. (9. 2.) L. 14. §. 2. D. de praesc. verb. act. (19. 5.) Vorzüglich Klien, S. 305 flg. Ueber L. 39. u. L. 82. §. 2. h. t. vergl. Denſ. S. 147 flg.; Heffter, Lehrb. 2. Ausg., §. 489, Note 9; auch Paulus, rec. sent. II. 31. §. 12. 31.

84) L. 54. §. 1. D. eod. Vgl. auch L. 15. D. de condict. causa dat. (12. 4.)

85) Durch dieſen Ausdruck wird nicht blos der Dolus, wie Klien, S. 131, 330, glaubt, ſondern dolus und animus lucri faciendi, alſo der ganze ſubjective Thatbeſtand beim Furtum (diebliche Abſicht) bezeichnet. S. L. 33. L. 43. §. 5. 11. L. 52. §. 20. L. 56. §. 3. L. 75. D. h. t. (Vgl. auch L. 22. pr. §. 1. L. 25. §. 2. eod.) L. 2. §. 1. D. de tut. act. (27. 3.) §. 7. J. h. t. §. 5. J. de usucap. (2. 6.)

86) Ueber das ſachverfolgende, auf Zurückgabe und Erſatz gehende, Rechtsmittel beim Furtum, die condictio furtiva, gehört das Nähere nicht hierher. S. hierüber Rechtslexikon Bd. 2, S. 902 flg. Doch kann ich es nicht unterlaſſen, hier auf einen Punkt aufmerkſam zu machen. Unſere Civiliſten ſcheinen hier eine weſentliche Lücke nicht zu beachten, die ſie durch eine conſequente Weiterbildung unſeres Rechtes in ſeinem Geiſte ergänzen ſollten. Die condictio furtiva ſteht blos dem Eigenthümer der Sache zu; alle übrigen Perſonen, welche zur Pönalklage berechtigt ſind, haben nicht das Recht zur condictio. Im röm. Rechte war dieß keine Lücke; denn den Letzteren half eben die Pönalklage, die actio furti, mittelbar auch zum Erſatz. Allein nach teutſchen Geſetzen iſt beinahe in allen, nach dem entſchiedenſten Gewohnheitsrechte in allen Fällen die furti actio ausgeſchloſſen. Wie ſollen nun jene übrigen Perſonen (Uſuar, Pachter, und die übrigen Detentoren, ſelbſt der Beſtohlene beim furtum possessionis) zum Erſatze kommen? Nach der Darſtellung unſerer Civiliſten hätten ſie, da die f. actio wegfällt und die condictio ihnen nicht zukommt, gar keine Klage! Offenbar wird man nun hier ergänzen, und ihnen eine in factum actio auf Erſatz ihres Intereſſes geben müſſen. Vgl. auch L. 50. §. 4. L. 66. §. 4. D. h. t.

87) Ueber den Umfang des furt. man. war unter den römiſchen Juriſten Streit. Caius, comm. III. 184. In Juſtinian's Rechtsbücher iſt die im Texte angegebene Beſtimmung aufgenommen.

ergriffen[88]), oder wenn er, ehe er ſo weit kam, entdeckt, und, wenn auch vergeblich verfolgt wurde[89]); in allen anderen Fällen iſt das Furtum ein nec manifestum. Das furtum manifestum war durch härtere Strafe ausgezeichnet. Den Grund dieſer Auszeichnung deuten die römiſchen Quellen nicht näher an, und deßhalb iſt hierüber viel Streit. Das römiſche Recht ſtrafte überhaupt in den älteren Zeiten häufig delicta manifesta härter[90]), und ſo auch das furtum manifestum, wohl aus keinem anderen Grunde, als theils um der Privatrache mehr entgegen zu wirken[91]), theils weil das größere Aergerniß, das eine ſolche That erzeugt, eine größere Genugthuung nöthig erachten ließ[92]).

Bei der Strafe des Furtum (die beſonderen Grundſätze, welche bei der rapina galten, ſind hier übergangen, da ſie beſſer unter dem Artikel Raub dargeſtellt werden) muß man unterſcheiden:

I) Den wegen Furtums Verurtheilten trifft jedenfalls Infamie[93]). Außerdem kann

---

88) L. 3. pr. §. 2. L. 4—6. L. 7. §. 1. L. 34. 35. D. h. t.

89) L. 7. §. 2. D. h. t., vergl. mit §. 3. J. h. t. Cuiacius, obs. XI. 38. Konopak, (altes) Archiv des Cr.-R. Bd. 7, S. 290 flg. Schrader, in ſ. Inſtitut.-Ausg. S. 583. Von wem die Verfolgung oder das Ertapptwerden geſchieht, iſt gleichgiltig (L. 3. §. 1. L. 7. §. 3. D. h. t. J. l. c.), nur müſſen es natürlich ſolche Perſonen ſein, welche gegen den Fur auftreten, ihn zur Rechenſchaft zu ziehen ſuchen. Deßhalb iſt es kein f. man., wenn der Fur von Angehörigen oder einem Bekannten bei der That überraſcht wird, und dieſe ihn vergeblich abzumahnen ſuchen, aber ſonſt nichts gegen ihn vornehmen. Vgl. auch Abegg, im neuen Archiv des Cr.-R. Bd. 14, S. 440 flg. Nur möchte ſich ſeine allgemeine Behauptung S. 442 ſchwer begründen laſſen (und mit dem, was er ſelbſt S. 444 ſagt, nicht ganz im Einklange ſtehen), daß Kinder in väterlicher Gewalt, und überhaupt ſolche Angehörige des Diebes, die von der Anſtellung einer infamirenden Klage gegen denſelben ausgeſchloſſen ſind, ſofern ſie ihn bei der That betroffen, nicht geeignet ſeien, den Thatbeſtand eines furt. man. herbeizuführen.

90) Dieß überſah Hepp, Verſuche S. 136. Vgl. meine Abhandl. aus d. Strafr. S. 67, und die dort Angef.

91) Hepp a. a. O. S. 132 flg.

92) Es ſind hauptſächlich zwei Anſichten, in welche Andere über dieſe Frage ſich theilen. Manche (z. B. Cuiacius, obs. XIX. 12.) wollen in der höheren Privatſtrafe des f. man. eine Belohnung für die hausväterliche Wachſamkeit des Beſtohlenen finden. Allein ſ. L. 3. §. 1. L. 7. §. 3. D. h. t. §. 3. J. h. t. Andere glauben, das f. man. habe für einen Beweis von größerer Frechheit und Verwegenheit des Thäters gegolten (ſo nun auch theilweiſe Abegg, im neuen Archiv, Bd. 14, S. 435, unter Berufung auf A. Gellius, XX. 1. §. 8). Allein dann müßte auch in noch anderen Fällen (z. B. in dem der L. 7. §. 1. h. t.) ein f. man. angenommen worden ſein; auch kann das Ertapptwerden gerade ein Beweis der Unerfahrenheit, Unbeholfenheit, und ſomit geringerer Gefährlichkeit des Thäters ſein. Vgl. auch Hepp, Verſuche, S. 117 flg.

93) L. 7. D. de publ. iud. (48. 1.) L. 1. L. 4. §. 5. L. 6. pr. §. 1. D. de his, qui not. (3. 2.) L. 8. C. e. t. (2. 12.) Paulus, rec. sent. II. 31. §. 15. Daß bei jedem Furtum Infamie eintrat, darüber laſſen dieſe Stellen keinen Zweifel. Dollmann, S. 55, behauptet wegen L. 10. §. 2. D. de poen., wenn ein Plebejer oder Decurio auf eine accusatio wegen Furtums zur Peitſchen- oder Arbeitsſtrafe dem Rechte gemäß verurtheilt worden, und die Strafe erlitten haben, ſie nicht infam werden, „wohl aber Angeſehenere“

II) der Verletzte auf eine Privatſtrafe mit der furti actio klagen, und zwar beim furtum manifestum auf das Vierfache (durch den Prätor, als die Strafen der 12 Tafeln allmälig unangemeſſen gefunden wurden [94]), eingeführt), beim nec manifestum (ſchon nach den 12 Tafeln) auf das Zweifache [95]) des Betrages ſeines Intereſſes [96]). Anſtellen kann die Klage in der Regel [97]) Jeder, der ein rechtliches Intereſſe hat, rem salvam esse oder non subripi; die näheren Beſtimmungen ergeben ſich aus dem oben bei Note 8—21 Geſagten [98]). Angeſtellt werden kann ſie gegen den Fur ſelbſt, gegen ſeine Gehilfen [99]) und gegen den Hehler [100]), und zwar gegen Jeden auf den ganzen Betrag ſo, daß der Eine durch Zahlung der Anderen nicht frei wurde [101]). Außer dieſen

---

(wenn dieſe zur Relegation verurtheilt wurden). Allein abgeſehen von anderen Gründen, die in der Stelle ſelbſt liegen, hat Dollmann überſehen, daß die Decurionen zu den Angeſeheneren gehören, und gegen ſie die fustium castigatio eine ganz unzuläſſige Strafart war. L. 2. §. 2. D. de decur. (50. 2.) L. 5. C. ex quib. caus. inf. (2. 12.) Uebrigens trifft auch den Infamie, der durch einen Vergleich die furti actio um Geldeswerth von ſich abwendete. L. 1. L. 4. §. 5. L. 5. L. 6. §. 3. 4. D. de his, qui not. (3. 2.)

94) Vgl. auch A. Gellius, noct. Att. XX. 7. §. 10. Caius, comm. III. 189.

95) §. 5. 19. J. h. t. L. 1. §. 3. D. de publican. (39. 4.) Vgl. auch oben Note 6.

96) Wird nicht blos wegen entzogenen Beſitzes oder Genuſſes, oder nicht von einem ſolchen Eigenthümer, dem der Genuß zur Zeit des Furtum nicht zukam, geklagt, ſo wird in der Regel, wenn der Kläger kein höheres Intereſſe liquidiren kann, der Werth der Sache, und zwar der höchſte Werth, den ſie in der Zeit von der Contrectation an einmal hatten, zu Grunde gelegt. Vgl. überhaupt über dieſe Frage L. 50. pr. L. 67. §. 1. L. 80. §. 1. D. h. t. mit L. 27. 32. 67. §. 1. 2. und mit L. 46. §. 1. 4. L. 74. 65. eod. Auch Dollmann, S. 44, 45.

97) Ein Intereſſe ex honesta causa iſt nöthig. Nur reicht nicht immer ein ſolches Intereſſe ſchon hin. L. 14. §. 10. L. 49. 85. D. h. t. Auch gibt es einen Fall, in welchem fur furti agere potest. L. 48. §. 4. h. t.

98) Vgl. über dieſe Frage §. 13—17. J. h. t. L. 10—15. L. 20. §. 1. L. 46. §. 1. 4. 6. L. 47. L. 48. §. 4. L. 49. L. 52. §. 8—11. §. 18. 29. L. 53. §. 3. 4. L. 58. 59. 64. 66. §. 1. L. 71. 74. 76. §. 1. L. 78. 80. 82. §. 1. L. 85. D. h. t. L. 22. C. h. t. Auch Schrader, in ſ. Inſtit.-Ausg. S. 592 flg.

99) Cuius ope, consilio furtum factum est. §. 11. J. h. t. L. 50. §. 3. D. h. t. L. 53. §. 2. D. de V. S. (50. 16.) Da der Gehilfe ſo gut haftet, wie der Miturheber, ſo unterſchieden hier die Römer nicht genau, und rechneten auch wahre Miturheber zu denen, quorum ope, consilio furt. fact. est, z. B. L. 52. §. 21. h. t. Vgl. überhaupt auch noch über die Gehilfen L. 36. L. 50. §. 1—4. L. 52. pr. §. 1. §. 13. 19. L. 66. §. 4. D. h. t. Jedenfalls war aber auch zur ſtrafbaren Hilfeleiſtung dolus, d. h. hier wiſſentliches Unterſtützen eines Furtum nöthig. L. 50. §. 4. L. 53. pr. L. 54. §. 4. L. 90. §. 1. D. h. t. Uebrigens ging gegen den Gehilfen nur die Klage wegen furt. nec manifestum, ſollte er auch bei einem f. man. geholfen haben. L. 34. D. eod.

100) §. 4. J. h. t. L. 48. §. 1. D. h. t. L. 1. pr. D. de serv. fugit. (11. 4.) L. 14. C. de furt. (6. 2.)

101) Vgl. L. 21. §. 9. D. h. t. L. 1. §. 19. D. si is, qui test. lib. (47. 4.)

Klagen konnte nach älterem Rechte auch noch angeſtellt werden: eine actio furti concepti auf das Dreifache gegen den, bei welchem die entwendeet Sache mit Zeugen in gehöriger Form geſucht und gefunden wurde [102]); eine actio furti oblati auf das Dreifache von dem, bei welchem die Sache ſo gefunden wurde gegen Denjenigen, welcher ihm die Sache in der Abſicht gegeben hatte, damit ſie, wenn ſie geſucht würde, nicht bei ihm, ſondern bei Jenem gefunden würde [103]); eine actio furti prohibiti auf das Vierfache gegen den, der ſich der förmlichen Aufſuchung der entwendeten Sache widerſetzte [104]), und eine actio furti non exhibiti gegen den, der die bei ihm aufgefundene, entwendete Sache herauszugeben ſich weigerte [105]). Dieſe letzteren vier Klagen kamen aber nach Cajus und Paulus Zeiten außer Gebrauch [106]).

Mit einer beſonderen höheren Privatſtrafe ausgezeichnet war, außer der rapina, von welcher unter dem Artikel Raub näher die Rede ſein wird, das furtum ex incendio, ruina, naufragio, rate nave expugnata. Es trat hier nach dem prät. Edicte eine Klage auf das Vierfache ein [107]).

III) Wegen Furtums konnte auch eine accusatio auf öffentliche Strafe erhoben werden. Es ſcheint ſich dieß nur allmälig und von einzelnen Fällen ausgehend gebildet zu haben, indem anfangs einzelne Fälle des Furtum (beſonders durch kaiſerliche Reſcripte) dadurch ausgezeichnet wurden, daß bei ihnen auch eine Anklage auf öffentliche Strafe zugegeben wurde, ſo daß dann dieſe Fälle unter die Kategorie der extraordinaria crimina fielen. Hierher gehören eine Reihe von Fällen, welche theils wegen des Gegenſtandes der Entwendung, theils wegen Zeit und Art der Entwendung höhere Strafe zu verdienen ſchienen, nämlich:

a) das abigeatus crimen. Es war dieß eine Entwendung von Heerdenvieh, wenn ſie abſichtlich von der Heerde weg [108]), und

---

102) Nach den 12 Tafeln. §. 4. J. h. t. Caius, comm. III. §. 186. 191—194. Paulus, rec. sent. II. 31. §. 3. 5. 22. Vgl. auch die alten Rechte Nordteutſchlands bei Cropp, in Hudtwalker's und Trummer's crimin. Beiträgen, Bd. 2, S. 360 flg.

103) Auch ſchon nach den 12 Tafeln. J. l. c. Caius l. c. III. 187. 191. Paulus l. c. II. 31. §. 3. 5. 14.

104) Nach dem prätor. Edicte. J. l. c. Caius l. c. III. 188. 192. Aehnliches in den germaniſchen Rechten, z. B. Lex Ripuar. XLVII. 2. Lex Burgund. XVI. 1. Rechtsbuch nach Diſtinctionen (herausgeg. von Ortloff), Bd. 4. Cap. 9, Diſt. 16.

105) Auch nach dem prät. Edicte. J. l. c.

106) J. l. c. Bei den Ausdrücken furtum conceptum, oblatum etc. bezeichnet furtum das Object der Entwendung. Manche römiſche Juriſten, wie Serv. Sulpitius, Sabinus, Paulus, nahmen furtum conceptum, oblatum etc. als eine Eintheilung des Furtum überhaupt; mit Recht erklärten ſich Andere, wie Labeo, Caius und Juſtinian, dagegen (species potius actionis esse furto cohaerentes). Caius l. c. III. 183. §. 4. J. h. t.

107) L. 1. pr. D. de incend. (47. 9.), vergl. mit L. 3. §. 4. 5. 8. Ueber die nähere Beſtimmung des Falles ſ. L. 1. §. 2. 3. ex incendio, ruina, L. 1. §. 5. L. 2. L. 3. pr. ex naufrag., L. 3. §. 1. L. 5. eod.

108) Abigei proprie hi habentur, qui pecora ex pascuis vel ex armen-

zwar bei kleineren Stücken entweder öfters (ſ. Note 108) oder in einer, eine Heerde bildenden Zahl, bei größeren Stücken (Pferde, Ochſen ꝛc.) auch nur einmal in der Einzahl[109]) geſchieht. Die Strafe war bei honestiores Relegation oder ab ordine motio, bei Anderen in der Regel lebenslängliche[110]), bisweilen auch zeitliche öffentliche Arbeit, und konnte nach Umſtänden, namentlich bei Häufigkeit des Verbrechens bis zu Bergwerksarbeit ſteigen[111]); bewaffnete abigei ſollten den wilden Thieren vorgeworfen werden[112]).

b) **Furtum balnearium**, Diebſtahl an den Habſeligkeiten der

---

tis subtrahunt et quodammodo depraedantur et abigendi studium quasi artem exercent, equos de gregibus vel boves de armentis abducentes. Ceterum si quis bovem aberrantem vel equos in solitudine relictos abduxerit, non est abigeus, sed fur potius. L. 1. §. 1. D. de abig. (47. 14.) Wegen dieſer Stelle verlangen Manche (z. B. Duarenus, comm. ad tit. d. furt. c. 1; Erhard, de furti not. p. 45; Dollmann, S. 56) zum Abigeat Gewerbsmäßigkeit. Allein dieß liegt in der Stelle nicht, und dagegen iſt auch L. 1. §. 4. L. 3. pr. eod. u. L. 16. §. 7. D. de poen. (48. 19.) Collat. leg. Mos. et R. XI. 3.; deßhalb verwerfen mit Recht Andere ein ſolches Requiſit, z. B. Chr. Thomasius, tract. de abigeatu. Lips. 1687. (ed. 3. Hal. 1739, 4.) §. 54. G. L. Boehmer, D. de abigeatu et furto equor. (Goett. 1732, 4.) §. 32. Nur das iſt in Juſtinian's Rechtsbüchern beſtimmt ausgeſprochen, daß die Entwendung abſichtlich von der Heerde weg, und wenn ſie an kleineren Stücken verübt wird, entweder öfters, oder in einer eine Heerde bildenden Zahl (L. 3. pr., vergl. mit L. 3. §. 2. de abig.) geſchehen muß, wenn ſie Abigeat ſein ſollte. — Uebrigens wurden bald auch andere Entwendungen von Vieh, die nicht unter den eigentlichen Abigeat fielen (furtum pecorum), als crimen extraord. behandelt, und mit ausgezeichneter Strafe beſtraft. L. 1. §. 2. L. 3. §. 1. D. eod. Paulus, rec. sent. V. 18. §. 1. Das plenius coërcendum in L. cit. iſt blos im Gegenſatze zu anderen Dieben zu nehmen, und die Emendation in lenius, welche Cujacius (obs. VI. 8.) will, offenbar ungegründet. Ebenſo iſt die Emendation, welche Cujacius an der Stelle von Paulus in Hinſicht der öffentlichen Strafe des furt. pecorum vorſchlägt (ſ. Schulting, ad h. l.), ganz unnöthig und nicht zu vertheidigen. Vgl. auch Püttmann, Adversar. lib. II. cap. 27. p. 193 sq. Erhard, de furti not. p. 46. Ueber und gegen verſchiedene andere Auslegungen der L. 3. §. 1. z. B. v. Matthäus, Wiſſenbach ꝛc. ſ. Thomasius l. c. §. 62 sq.

109) L. 3. pr. D. de abig. L. 16. §. 7. D. de poen. (48. 19.) Ueber die Zahl ſcheinen die römiſchen Juriſten nicht durchaus einig geweſen zu ſein. Vgl. auch Paulus, rec. sent. V. 18. §. 1, und auch unſere älteren Juriſten ſtritten viel darüber, z. B. ob eine Stute hinreiche oder zwei nöthig ſeien, ſ. z. B. Thomasius l. c. §. 45—53; Boehmer l. c. §. 36.

110) Nicht, wie Dollmann S. 56 ſagt, zeitige. S. L. 1. pr. D. de abig. (in opus, et nonnunquam temporarium.)

111) L. 1. pr. §. 3. D. eod. Nach einem Reſcripte von Hadrian ſollte im letzteren Falle damnatio ad gladium eintreten, d. h. nicht (wie z. B. Dollmann S. 56 es überſetzt) Schwertſtrafe, ſondern Verurtheilung zum Gladiatorenkampfe. Vgl. Collat. leg. Mos. et R. XI. 7. und Schulting's Noten zu dieſer Stelle. Dieſe Strafe wurde aber ſpäter allgemein aufgehoben. L. un. C. de gladiator. (11. 43.) Vgl. auch Pet. Faber, semestr. lib. II. cap. 11; Boehmer l. c. §. 48; Püttmann l. c. p. 196 sq. Die Hehler traf temporäre Relegation. L. 3. §. 3. D. l. c.

112) L. 1. §. 3. D. l. c.

Badenden. Als Strafe war nur ein Maximum beſtimmt: zeitige öffentliche Arbeiten [113]).

c) **Furtum nocturnum.** Hier galt daſſelbe, wie beim Badediebſtahl [114]).

d) **Saccularii,** wohl Taſchendiebe [115]). Die Strafe war lebenslängliche oder zeitige öffentliche Arbeiten oder fustium castigatio, bei honestiores Relegation oder ab ordine motio [116]).

e) **Effractores,** diejenigen, welche eine Entwendung durch Einbruch (in ein Gebäude oder ſonſtigen ummauerten ꝛc. Ort) oder durch Aufbruch eines Behälters und dergl. begehen. Ihre Strafe war dieſelbe, wie die der saccularii; Entwendung durch Einbruch bei Nacht wurde gewöhnlich mit körperlicher Züchtigung und Bergwerksarbeit beſtraft [117]).

f) Auch die bewaffnete Entwendung ſcheint allgemein härter beſtraft worden zu ſein, beſonders wenn der Fur ſich zur Wehre ſetzte [118]).

Die Auszeichnung dieſer einzelnen Fälle durch die Möglichkeit einer Anklage auf öffentliche Strafe wurde bald verallgemeinert. Denn es wurde zunächſt bei allen bösartigeren und gefährlicheren Entwendern (fures atrociores) überhaupt, die man durch expilatores bezeichnete [119]), Anklage auf öffentliche Strafe (die Strafe war

---

113) L. 1. D. de furib. baln. (47. 17.) Vgl. auch L. 3. §. 5. D. de off. praef. vig. (1. 15.)

114) L. 1. D. de fur. baln.

115) Qui vetitas in sacculo artes exercentes partem subducunt, partem subtrahunt. L. 7. D. de extraord. crim. (47. 11.) Manche beziehen das subducere auf artes magicas; ſo Cuiacius, obs. X. 27. In einem ſehr weiten, auch manche Arten von Betrug begreifenden Sinne ſcheint das Wort zu nehmen Sam. Stryck, exercit. iur. de saccular. et directar. ad L. 7. de extraord. crim. (1667, 4.) p. 14 sq. 20 sq.

116) L. 7. cit. u. L. 1. §. 2. D. de effractor. (47. 18.)

117) L. 3. §. 1. 2. D. de off. praef. vig. (1. 15.) L. 1. §. 2. L. 2. D. de effractor. (47. 18.) L. 1. D. de fur. baln. (47. 17.) Die effractores ſollen auch durch vecticularii (ein Ausdruck, der im Corp. iur. nicht vorkommt) bezeichnet worden ſein. (Vecticularia vita dicitur eorum, qui vectibus parietes alienos perfodiunt furandi causa. Festus.) Manche wollen das Verbrechen der effractores unter die rapina ſtellen. Allein ſogenannte Gewalt an Sachen begründet nicht die zur rapina nöthige vis. Ebenſo iſt auch die Anſicht von Luden, über den Verſuch d. Verbr., S. 194, unrichtig, daß die effractores, wenn ſie wirklich einbrechen, ein crimen vis begehen (vergl. meine Abhandlungen im neuen Archiv des Crim.-R. Bd. 11, S. 635 flg.). Würde übrigens eine ſolche ſogen. Gewalt an Sachen crimen vis begründen, ſo müßte auch in dem Falle, wenn Jemand „an einem Hauſe brach, aber nicht einbrach," vis vorhanden ſein, in welchem Luden das cr. vis doch ausſchließen will. — Ueber den Conat ſ. Note 187.

118) L. 1. D. de fur. baln., vergl. mit Nov. 134. c. 13. Auch fiel das Furtum mit Waffen unter die l. Cornel. de sicar. ſ. unten Note 184.

119) L. 1. §. 1. D. de effractorib.: Expilatores, qui sunt atrociores fures, hoc enim est expilatores etc. (So nach der gewöhnlichen Leſeart. Nach Manchen fiel hier ein griechiſches Wort aus, und wurde von den Abſchreibern durch [das zweite] expilatores erſetzt. Deßhalb leſen ſie hier: hoc est λωποδύται; Andere ſetzen ein anderes griechiſches Wort. Vgl. Augustinus, emendat. IV. 16. in Otto, thes. T. IV. p. 1553.) Ungeachtet dieſer beſtimmten Erklärung

in der Regel zeitige, höchſtens lebenslängliche öffentliche Arbeit, bei honestiores Relegation oder ab ordine motio) für zuläſſig erklärt [120]) und am Ende ſcheint es zur Regel geworden zu ſein, daß überhaupt wegen Furtums Criminalanklage erhoben werden konnte [121]). So unterſchieden ſich dann die Fälle, welche als cr. extraordinaria beſonders herausgehoben wurden (lit. a—f), von den übrigen Fällen des Furtum in der Regel blos noch darin, daß bei ihnen, als den ſchwereren

---

der Quellen wollen doch Manche den Begriff der expilatores auf gewiſſe Arten der fures actrociores beſchränken; ſo z. B. Cuiacius, obs. XV. 31. (auch Heffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 501, Note 1), und wieder anders Erhard, de furti not. p. 42 (vergl. Denſ. p. 40); Luden, D. de furti not. p. 35, glaubt gar, wie auch ſchon einige Aeltere, die Verüber des crimen expilatae hereditatis ſeien damit gemeint, und auch Martin, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 161, Note 3, 5, ſcheint dieſer Anſicht zu ſein. — Wenn Erhard l. c. p. 47, behauptet, die abigei, expilatores etc. gehören eigentlich mehr zu den raptores, als zu den fures, ſo iſt nur ſo viel richtig, daß unter dieſen Benennungen auch Fälle der rapina begriffen waren (namentlich unter dem Abigeat), gerade wie unter dem Furtum überhaupt.

120) L. 1. §. 1. 2. D. de effractor.

121) L. 92. L. 15. D. h. t. L. 3. §. 1. D. de off. praef. vig. Nov. 134. 13. Ob es zur unbedingten Regel wurde, und ob und wie weit Ausnahmen (außer den bei Note 158 — 169 angef. Fällen) galten, dieß wird ſich bei der Dürftigkeit unſerer Quellen nicht beſtimmt entſcheiden laſſen. Dagegen, daß wegen jedes Furtums Criminalanklage erhoben werden konnte, ſcheinen zu ſprechen: L. 56. §. 1. D. h. t. u. L. 2. de fur. baln. (Si interdiu furtum fecerunt, ad ius ordinarium remittendi sunt, und nicht extra ordinem audiendi, vergl. L. 1. eod.) Die Erklärung, welche Dollmann S. 53 gibt, hebt die Schwierigkeit nicht (extra ord. audire heiße hier: außer der Reihe vornehmen, und ius ordinarium: den gewöhnlichen Gang der crimina extraord. einhalten). Denn gegen dieſe Erklärung iſt der Sprachgebrauch unſerer Quellen, ſowohl in Beziehung auf das extra ord. aud. als auf das ius ordinarium. Letzteres heißt hier entſchieden das Civilverfahren L. 3. D. de priv. del. (47. 1.) L. 3. D. expil. her. (47. 19.) Auch enthält die L. 3. §. 2. D. de bon. eor. (48. 21.) nicht, wie Dollmann meint (den gleichen Grund führt übrigens auch ſchon Matthäus als ſchlagenden Beweis an), einen „ſchlagenden Beweis dafür, daß das Furtum ſchlechthin crimen extraord. ſei.“ Denn das furtum modicum jener Stelle könnte auch ein f. noctornum ſein, und überhaupt kann ja furti modici reus auch ein mit Unrecht Angeklagter ſein. Von der anderen Seite kann die L. 2. D. de fur. baln. doch unmöglich ſagen ſollen, daß man mit den Tagdieben ſtets auf den Civilweg zu verweiſen ſei; vergl. L. 92. de furt. Ebenſo iſt es gewiß richtig, wenn Dollmann ſich entſchieden gegen die Anſicht derjenigen erklärt, welche glauben, nur in den oben angeführten, im röm. Rechte als crimina extraord. beſonders ausgehobenen Fällen ſei Ciminalanklage zuläſſig geweſen. Es ſcheint vielmehr in den übrigen Fällen im Ermeſſen des Richters gelegen geweſen zu ſein, ob er Criminalanklage zugeben wollte (vergl. L. 56. §. 1. de furt.). Dieß ſcheint nun auch die Anſicht Roßhirt's (Geſch. und Syſtem d. Strafr., Bd. 2, S. 289) zu ſein. Aehnliches, oder daß wenigſtens beim furtum rei minimae Criminalanklage ausgeſchloſſen geweſen ſei, nahmen manche Aeltere an (vergl. z. B. Huber, prael. ad inst. h. t. §. 5). Dagegen ſind viele Andere der Anſicht, daß wegen jedes Furtums unbedingt Criminalanklage zuläſſig geweſen ſei; z. B. Matthaeus, de crim. ad L. XLVII. tit. I. cap. 2. §. 4; Bynkershoeck, obs. III. 16; Dollmann, S. 54 (deſſen Behauptung S. 55 bei Note 131 aber hier-

Fällen, wenn accuſirt wurde[122]), eine höhere öffentliche Strafe eintrat. Nur ſollte nach einer Verordnung Juſtinian's wegen unbewaffneten Furtums niemals Todes- oder verſtümmelnde Strafe eintreten[123]). Auch trat ſogar beim Furtum ein Einſchreiten von Amtswegen ein[124]), wie weit aber, und unter welchen Beſchränkungen, iſt wohl nicht zu ermitteln[125]).

Ob auf die öffentliche Strafe blos diejenigen, welchen das Recht zur furti actio zuſtand, klagen konnten oder jeder Bürger Anklage erheben durfte, darüber äußern ſich die Quellen nicht. Erſteres wird gewöhnlich behauptet[126]). Allein dagegen und für das Letztere ſpricht ſchon der Umſtand, daß das Recht zur furti actio ſich zum Theil nach ſolchen privatrechtlichen Geſichtspunkten beſtimmte, die für das Recht zur Criminalanklage kein Moment ſein könnten (vergl. Note 9, 10, 16—18), theils die Zuläſſigkeit ſogar eines Verfahrens von Amtswegen[127]). Dem Verletzten blieb aber jedenfalls die Wahl, ob er das Furtum als crimen extraordinarium oder als delictum privatum behandeln, d. h. auf öffentliche oder Privatſtrafe klagen wollte; nur ſchloß er die eine Klage durch die andere aus[128]), während ihm, wenn von Amtswegen eingeſchrit-

---

mit nicht zu vereinigen iſt); Schwarze, de crim. rap. p. 27; Zachariä, Lehre vom Verſuche ꝛc. S. 150.

122) Manche glauben, daß in den Fällen, welche ausdrücklich als crimen extraord. fur. vorgehoben werden, blos die Criminalanklage und gar nicht die Civilklage zuläſſig geweſen ſei; z. B. Dollmann, S. 54. Allein dafür finden ſich in den Quellen keine Andeutungen, und man kann unmöglich annehmen, daß gegen alle fures atrociores (L. 1. §. 1. D. de effractor.) die Klage auf das Duplum oder Quadruplum ausgeſchloſſen geweſen ſei, ſelbſt wenn man nicht einmal bedenkt, daß ſie unzweifelhaft gegen Räuber zuläſſig war.

123) Nov. 134. c. 13. Dieß war übrigens auch ſchon das Recht, das zur Zeit der Pandektenſchriftſteller galt. Nirgends führen ſie beim unbewaffneten Furtum als Strafe die Todesſtrafe an. Aber unter den ſpäteren Imperatoren mochte ſich wohl die Praxis verſchärft haben.

124) L. 13. pr. D. de offic. praes. (1. 18.), vergl. mit L. 7. C. de accusat. (9. 2.) L. 3. §. 1. D. de off. praef. vig. (1. 15.) Biener, Beiträge zur Geſch. des Inquiſ.-Proz., S. 10 flg.

125) Roßhirt (Geſchichte ꝛc., Bd. 2, S. 189) glaubt blos bei den oben von Note 108—119 angegebenen gefährlichen Subjecten.

126) Unter den Neueren, z. B. von Birnbaum, neues Archiv des Crim.-Rechtes, Bd. 8, S. 648 flg.; Dollmann, S. 54.; Heffter, Lehrb. §. 578; Zachariä, Lehre vom Verſuch ꝛc., S. 150; Roßhirt, Geſch. und Syſtem d. Strafr., Bd. 2, S. 298. Der Letztere nimmt (wie auch Heffter) nur Fälle, wie das crim. expil. hered., sepulcri viol. aus. Gerade aber beim crim. expil. hered., meint Birnbaum, ſei es außer Zweifel, daß nicht Jeder habe anklagen können, wegen L. 3. D. exp. hered. (47. 19.) Allein dieſe Stelle beweiſt in der That nichts für Birnbaum's Behauptung. Früher ſcheint Roßhirt weiter gegangen zu ſein. Vgl. Deſſen Entwickelung ꝛc. S. 115.

127) Vgl. Note 124. Auch L. 9. §. 5. D. de publican. (34. 4.), und de Savigny, D. de concursu delictor. p. 114 sq. Zwar ſpricht die L. 7. D. de incend. (47. 9.) zunächſt nur von his, qui res suas subreptas queruntur. Allein gerade der dort behandelte Fall iſt ein ſolcher, in welchem unzweifelhaft Einſchreiten von Amtswegen zuläſſig war.

128) L. 56. §. 1. L. 92. D. h. t. Aeltere, von der Gloſſe an, meinten, der Verletzte habe auf öffentliche und Privatſtrafe klagen können. Dagegen ſ.

ten wurde, oder ein Dritter auf öffentliche Strafe geklagt hatte, dadurch das Recht auf die Privatſtrafe nicht entzogen wurde (vergl. Note 122).

Endlich gab es einige Fälle, in welchen ein Furtum ein crimen ordinarium bildete. Außer gewiſſen furta von Beamten, die unter das crimen repetundarum und de residuis fallen [129]), und dem bei Note 184 angeführten Furtum mit Waffen, gehört hierher der Peculat [130]). Die lex Iulia peculatus umfaßte theils urſprünglich, theils in Folge ſpäterer Erweiterungen eigentliche Furta (Furtum an pecunia publica und pecunia civitatum) [131]); ferner Fälle, welche nur vergleichungsweiſe, in einem uneigentlichen Sinne furta genannt werden konnten und wurden (Furtum an einer res sacra und religiosa), endlich noch eine Reihe von Vergehen (zum Theil polizeilichen), die auch nicht einmal vergleichungsweiſe furta genannt werden konnten [132]). Die letzteren aber wurden zum crimen peculatus nicht gezählt [133]), und ſind hier zu übergehen. Peculat war vielmehr blos Furtum an Staats- und Communaleigenthum oder einer der Gottheit geweihten oder zu Grabſtätten gehörigen [134]) Sache, verübt von einem Solchen, der nicht in einem Ver-

---

ſchon Matthaeus l. c. cap. 4. §. 3. Bachov., Disp. ad Treutler. vol. II. disp. XXX. p. 1081 sq.

129) Ich übergehe hier dieſe Fälle, da die Amtsverbrechen ſchon in einem anderen Artikel dargeſtellt wurden.

130) D. tit. ad l. Iul. peculat. (48. 13.) §. 9. J. de publ. iud. (4. 18.) F. S. Hahn, D. de crim. peculatus ad concilianda.. resp. Marciani et Papin. in L. 4. §. ult. ad l. Iul. pec. et L. 81. de furt. Heid. 1812, 4., und beſ. auch Schrader, in ſ. Inſtit.-Ausg. S. 774—777.

131) Ob von Cäſar oder von Auguſt, läßt ſich nicht ermitteln, obwohl Manche das Letztere, Andere das Erſtere entſchieden behaupten. Roßhirt (im neuen Archiv des Cr.-R., Bd. 10, S. 454) ſagt, ſie „trage in der neueſten Geſtalt (?) den Namen von Julius Cäſar" (??).

132) Dieſe Vergehen ſind angeführt in L. 1. D. h. t. L. 8. L. 9. §. 5: neve quis in auram. etc. (vergl. L. 52. §. 24. D. de furt.)

133) L. 9. §. 2. D. ad l. Iul. peculatus etc. (48. 13.) Deßhalb iſt es nicht zu billigen, wenn Heffter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524) einen ſo weiten Begriff des Peculats aufſtellt, daß auch dieſe Fälle mit begriffen werden, und dann einen „Peculat im eigentlichſten Sinne" (die angef. furta) unterſcheidet. Jener Begriff müßte auch nochdazu wegen der ſo heterogenen Natur jener Fälle entweder ſo allgemein werden, daß er unrichtig wird, oder man müßte in ihn (wohin auch Heffter a. a. O. kommt) jene heterogenen Fälle einzeln aufnehmen, wogegen aber ſpricht, daß eben jene Fälle nicht peculatus von den Quellen genannt werden. — Mittermaier (zu Feuerbach, §. 342, Note 1) ſagt, im weiteren Sinne ſei Peculat „Verletzung des öffentlichen Eigenthums". Aber in einem ſo weiten Sinne nehmen die Quellen ganz entſchieden das Wort nicht. Eben ſo wenig umfaßte Peculat „jedes rechtswidrige Anſichziehen öffentlichen Vermögens", wie Roßhirt (Archiv, Bd. 10, S. 456) und nach ihm Mittermaier (a. a. O. zu §. 481) behaupten. Dieſer Begriff iſt zu eng (ſ. z. B. Note 140) und zu weit, denn das crimen residui, das auch Feuerbach (§. 342) zum Peculat zählt, gehörte wenigſtens von der lex Iulia an nicht zu demſelben.

134) Natürlich kann man bei einer res sacra und religiosa nicht eigentlich von Furtum ſprechen, da dieſe Sachen in Niemandes Eigenthum ſind. Allein die Quellen ſprechen hier, wie auch ſonſt bisweilen (z. B. L. 67. §. 2. D. de furt.; mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 277; ferner L. 1. §. 14—17. D. si is, qui

hältniſſe ſteht, vermöge deſſen er für dieſe Sachen zu haften hätte [135]). Es gehört ſomit zum Thatbeſtande des Verbrechens:

1) als möglicher Gegenſtand,

a) pecunia publica, d. h. bewegliche, zum **Staats**vermögen gehörige Sachen [136]), oder

b) pecunia civitatum, d. h. Sachen, welche im Eigenthume einer Commun ſind [137]);

---

test. liber. [47. 4.], u. L. 12. C. ex quib. caus. inf. [2. 12.]), uneigentlich von furtum und furari (Note 135), blos um die Sache und den nöthigen Thatbeſtand kurz zu bezeichnen, d. h. es gehört hierher diejenige Handlung an einer res sacra und religiosa, welche, an anderen Sachen begangen, furtum ſein würde. Vgl. Note 138, 139, 140. Manche laſſen die res sacra und religiosa aus dem Begriffe des Peculats weg. Allerdings muß man in einem engeren Sinne Peculat im Gegenſatze zum **sacrilegium** unterſcheiden (Note 139). Allein das sacrilegium umfaßte nicht **jedes** rei sacrae furtum und nicht das furt. rei relig. Will man daher auch im engeren Sinne von dem Peculat des sacrilegium trennen, ſo wird der Begriff doch zu eng, wenn man ihn blos auf pecunia publica und civitatis beſchränkt. Ueber **Heffter**'s Anſicht ſ. Note 138, 140.

135) L. 9. §. 2. D. h. t.: **Labeo**.. peculatum definit, pecuniae publicae aut sacrae **furtum**, non ab eo factum, cuius periculo fuit. §. 9. J. de publ. iud. (4. 18.): Lex Iulia peculatus eos punit, qui pecuniam vel rem publicam vel sacram vel religiosam **furati** fuerint. — **Roßhirt** (Geſch. und Syſtem d. Strafr., Bd. 2, S. 193) ſagt: Man thut ſehr Unrecht, wenn man das crimen pecul. als ein furtum pecuniae publicae, sacrae, relig. darſtellt, ſo ferne man den neueren (?) engeren Begriff vom Furtum in der Definition von **Paulus** darauf anwenden will. Anders iſt es, wenn man von der alten Bedeutung des Wortes furtim ausgeht, wie es in den 12 Tafeln vorkam (?), und wo dann jedes frauduloſe Umgehen mit fremdem Vermögen darunter verſtanden wird. In dieſer allgemeinen Richtung... iſt der Begriff von pec. zu ſtellen, der ein diebiſches **und betrügeriſches** (?) Umgehen mit pecunia sacra, rel. et publ. bedeutet. — **Juſtinian** ſogut wie **Labeo** ſtellen den Peculat **als furtum** dar (vergl. auch L. 4. §. 7. D. h. t. u. **Schrader** l. c. p. 775), und **Paulus**, der uns **Labeo**'s Definition gibt, mißbilligt ſie nicht. Auch wird ſich nicht nachweiſen, noch irgend wahrſcheinlich machen laſſen, daß **Labeo** und **Sabinus** (**Gellius**, XI. 18.) von einem weiteren Begriffe des Furtum ausgingen, als **Cajus** und **Paulus**, außer **Sabinus** in Beziehung auf das Furtum an Immobilien. Ueber **Labeo** vergl. in dieſer Hinſicht L. 25. §. 1. D. de furt. Uebrigens wird der Thatbeſtand des Peculats in den Quellen, außer durch den allgemeinen Ausdruck furtum, furari und subripere, noch ſpeciell bezeichnet durch **auferre**, **intercipere** und **in rem suam vertere** (L. 1. L. 4. pr. D. ad l. Iul. pec.), Ausdrücken, welche keineswegs, wie **Roßhirt** zu glauben ſcheint, über den Pauliniſchen Begriff von Furtum hinausgehen. Vgl. auch Note 141. **Roßhirt**, im neuen Archiv, Bd. 10, S. 456 flg.

136) L. 1. L. 6. §. 1. L. 9. §. 2. D. ad l. Iul. pec. §. 9. J. de publ. iud. Ueber pecunia ſ. L. 178. pr. L. 222. D. de V. S., und über die **publica** pecunia L. 15—17. eod. Uebrigens gehörte hierher auch der Fall: Si quis, quod fisco debetur, simulans se fisci creditorem, accepit quamvis privatam pecuniam abstulerit. L. 9. §. 3. D. h. t., vergl. auch L. 12. eod.

137) Nach der lex Iulia war dieſer Fall unter dem Peculat nicht begriffen, da dieſe blos von pec. publica (Staatseigenthum, L. 15. 16. de V. S.), sacra und relig. ſprach. Vgl. auch L. 31. §. 1. D. de furt. (eine Aeußerung **Labeo**'s). Erſt durch Verordnungen von **Trajan** und **Hadrian** wurde auch

c) res sacrae, d. h. res, quae rite Deo consecratae sunt, alſo was zum Tempel und zum Gottesdienſte gehört, und auch dona, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt[138]). Gehörten ſolche res sacrae zu den sacra publica, ſo bildete die Entwendung derſelben, wenn ſie aus geweihten Orten geſchah, das beſondere crimen sacrilegii, eine Unterart des Peculats[139]).

---

das Furtum an res civitatis für Peculat erklärt. L. 4. §. 7. D. h. t. (in welcher Stelle Marcian beifügt: et hoc iure utimur.). Das Gegentheil ſcheint aber eine Stelle aus Papinian (etwas, aber nicht viel, älter als Marcian) zu ſagen, die L. 81. D. de furt.: Ob pecuniam civitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus tenetur. Es wurden hier ſchon eine Menge Vereinigungs= und Emendationsverſuche gemacht, welche Schulting, notae ad Dig. ed. Smallenburg, T. VII. P. 1. ad L. 81. u. L. 4. §. 7. cit. anführt, und Hahn, l. not. 123. cit. p. 19—44, widerlegt. Dollmann, S. 58, und einige andere Neuere wollen, wie ſchon einige Aeltere, dadurch vereinigen, daß Papinian nur vom älteren Rechte ſpreche. Allein weit mehr für ſich hat die Anſicht Hahn's, welcher l. c. p. 44 sq. auf die L. 81, in der, was Dollmann überſehen zu haben ſcheint, gar kein Subject genannt iſt, das in der vorhergehenden Stelle genannte Subject (procurator) bezieht, und annimmt, die L. 81 ſpreche von einem proc. civitatis, ſo daß ſie dann nur den bei Note 141 angef. Grundſatz ausſprechen würde.

138) L. 1. L. 4. pr. §. 1. L. 10. §. 1. D. ad l. Iul. pec. §. 9. J. de publ. iud., vergl. mit §. 8. J. de R. D. (2. 1.) Heffter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524) verſteht unter pecunia sacra „Eigenthum der Staatskirche (res ecclesiasticas), nicht res sacrae im eigentlichſten Sinne, woran ein sacrilegium begangen werde, ein vom Peculat verſchiedenes Verbrechen; unter dieſen fallen aber (fügt H. bei) z. B. Weihgeſchenke L. 4. §. 1. h. t.“ Allein 1) nicht jedes furtum rei sacrae iſt sacrilegium, namentlich nicht, wie Heffter ſelbſt §. 504 annimmt, das furtum rei sacrae ex loco profano; 2) wenn gleich das compilare publica sacra das crimen sacrilegii bildet, ſo kann dieſes crimen doch ein Fall des Peculats ſein; 3) die lex Iulia pec. führt unter den Gegenſtänden des Peculats überhaupt und ohne Beſchränkung die pecunia sacra an (L. 1. h. t., welche ohne Zweifel Worte der lex ſelbſt gibt), und zu ihrer Zeit hat man gewiß unter dieſem Ausdrucke nur die eigentlichen res sacrae begriffen; 4) Juſtinian bezeichnet als Object des Peculats pecuniam vel rem ... sacram vel religiosam (§. 9. J. de publ. iud.), und hier kann man unter res sacra doch nur das verſtehen, was er ſelbſt in den Inſtitut. als res sacra bezeichnet; 5) das donatum Deo immortali (L. 4. §. 1. h. t.) gehörte zu den res sacrae, §. 8. J. de R. D. L. 21. init. C. de sacros. eccles. (1. 2.), und die Entwendung deſſelben wird nicht blos zum Peculat, ſondern ausdrücklich auch zum sacrilegium gezählt. L. 6. pr. h. t. (verb. et dona Dei tulerunt etc.)

139) Ausgeſchloſſen vom eigentlichen sacrilegium iſt a) Entwendung an sacra privata L. 9. §. 1. D. ad l. Iul. pec.; b) Entwendung einer res profana ex loco sacro; L. 5. eod. Dieſer Fall gehört auch gar nicht zum Peculat. c) Entwendung einer res sacra ex loco profano. L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. eod., vergl. mit L. 16. §. 4. D. de poen. (48. 19.) Bynkershoeck, obs. I. 8. Heffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 504. Das Letztere (c) iſt aber beſtritten, indem Manche dieſen Fall zum römiſchen sacrilegium zählen; z. B. Cuiacius, obs. XIII. 19. In einem weiteren, nicht hierher gehörigen Sinne nahm das ſpätere röm. Recht sacrilegium für Verletzungen der in Beziehung auf Staatsreligion obliegenden Verbindlichkeiten, und brachte ſelbſt manche Handlungen in Beziehung auf den Imperator unter das sacrilegium.

d) Res religiosae im eigentlichen röm. Sinne, d. h. Sachen, welche zu Grabſtätten gehören[140]).

2) In Hinſicht auf den Thäter iſt erforderlich, daß er nicht in einem ſolchen Verhältniſſe ſteht, vermöge deſſen er für die Sache zu haften hat[141]).

3) Im Uebrigen gehören zum Peculate alle Requiſite des Furtum[142]); nur daß hier, als bei einem crimen ordinarium, auch der Conat beſtraft wurde[143]).

Welche Strafe die lex Julia für den Peculat feſtſetzte, iſt ungewiß. Gewöhnlich nimmt man an aquae et ignis interdictio. Allein es dürfte

---

140) L. 1. L. 4. pr. D. h. t. §. 9. J. de publ. iud. Vgl. Note 134. Auch hier (vergl. Note 138) ſagt Heffter (Lehrbuch, 2. Ausg., §. 524, Note 3), daß „unter pecunia religiosa ſchwerlich an den alten Begriff der res religiosa zu denken ſei (ſ. auch L. 4. §. 1. h. t.), ſondern im Sinne des neueren röm. Rechtes an Alles, was den zur publica religio gehörigen Anſtalten gehöre," und verſteht deßhalb unter pecun. relig. Eigenthum einer zu der Staatskirche gehörigen kirchlichen Anſtalt. Allein es wird ſehr zu bezweifeln ſein, daß ſelbſt im ſpäteren röm. Rechte res und pecun. religiosa in dieſem Sinne gebraucht wurde; außerdem ſprechen gegen jene Anſicht die in Note 138 unter 3 (die lex Iulia ſpricht von pec. sacra und religiosa) und 4 angeführten Gründe. Auch beweiſt gerade die L. 4. §. 6. h. t. augenſcheinlich, daß die Römer hier wirklich die res religiosae im Sinne hatten. — Schrader (in ſ. Inſtit.-Ausg., S. 775) meint, religiosa res bedeute hier daſſelbe, was sacra res, ſei alſo ein bloßer Pleonasmus, „ad sepulcra enim, quae est strictior religiosi significatio, sacrilegium pertinuisse non videtur." Das Letztere iſt richtig; Entwendung an der res religiosa war kein sacrilegium (das Gegentheil nahm unrichtig Matthaeus, de crim. XLVII. 10. cap. 3. §. 1, und Boehmer, ius. eccl. prot. lib. V. tit. 17. §. 22, an; die L. 3. de sep. viol. ſagt gerade, daß hier kein sacrilegium vorliege); daraus folgt aber nicht, daß ſie kein Peculat war. Von der sepulcri violatio unterſcheidet ſich der Peculat an der res relig., abgeſehen von der theilweiſen Verſchiedenheit des Objectes und der Handlung (in Beziehung auf welche die sep. viol. viel weiter iſt), durch das Requiſit des animus furandi. Jeder Peculat an einer res. relig. enthielt zugleich eine sep. violatio, aber nicht umgekehrt.

141) L. 9. §. 2. 4. D. ad l. Iul. pec. Dieſes Requiſit erkennen beinahe alle Criminaliſten an. Unter den Neueren vergl. Feuerbach, Lehrb. §. 342; Martin, Lehrb. §. 160; Heffter, Lehrb. §. 525; Mittermaier zu Feuerbach §. 342, Note 1; Zachariä, Lehre vom Verſuche, Bd. 1, S. 155. Deßhalb begeht der Beamte, welcher die ihm anvertrauten Staatsgelder unterſchlägt, keinen Peculat. And. Mein. iſt Roßhirt, neues Archiv, Bd. 10, S. 458 flg., und Geſch. und Syſt. d. Strafr., Bd. 2, S. 191, 196, 199, gegen deſſen Ausführung aber die L. 9. §. 2. cit. ſpricht, welche auf die von Roßhirt (Archiv, Bd. 10, S. 457) verſuchte Weiſe unmöglich ausgelegt werden kann. Auch iſt das in rem suam vertere (L. 1. h. t.) nicht, wie Roßhirt (Geſch., Bd. 2, S. 194) annimmt, nur auf den Verwalter anwendbar. Vgl. Roßhirt, Archiv, Bd. 10, S. 466 unten. Der Ausdruck: cuius periculo res est, iſt aber entſchieden nicht allein auf das Tragen des Zufalles zu beziehen, ſondern in dem Sinne zu nehmen, in welchem es in L. 14. §. 16. D. de furtis genommen iſt. Dieſes ſcheint auch Brackenhöft in Roßhirt's Zeitſchrift, Bd. 3, S. 107, 121 flg., bei ſeiner eigenthümlichen, aber wohl unrichtigen, Anſicht über Peculat unter Anderem nicht gehörig beachtet zu haben.

142) S. Note 134, 135.

143) L. 10. §. 1. L. 11. pr. h. t.

ſich ſehr fragen, ob nicht die poena quadrupli die regelmäßige Strafe der lex war, und die aquae et ignis interdictio nur für einzelne ſchwerere Fälle, z. B. das sacrilegium, in der lex feſtgeſetzt war [144]). Später wurde Deportation die regelmäßige Strafe, und bei humiliores, wie es ſcheint, ſtatt derſelben Bergwerksarbeit [145]), ſo jedoch, daß immer noch in einigen Fällen die poena quadrupli eintrat [146]). Härtere Strafe konnte beim sacrilegium erkannt werden und wurde auch gewöhnlich erkannt [147]), und ebenſo ſollten rectores provinciarum [148]), welche öffentliches Gut ſich aneigneten, mit dem Tode beſtraft werden [149]).

Endlich iſt hier noch eine Reihe von Fällen zu erwähnen, welche mit dem Furtum in genauer Verbindung ſtehen. Es gab nämlich nach römiſchem Rechte wahre Furta, bei welchen aber eine Strafe des Thäters aus beſonderen Gründen ausgeſchloſſen war; von der anderen Seite Entwendungen, welche als Furtum theils nicht beſtraft werden konnten, theils nicht beſtraft wurden, und daher auch nicht die furti actio erzeugten, aber doch öffentliche Strafe nach ſich zogen.

I. Furta, bei welchen aus beſonderen Gründen die Beſtrafung der Thäter ausgeſchloſſen war. Hierher gehört:

1) Furtum zwiſchen Ehegatten. Die Entwendung iſt hier zwar wahres Furtum [150]); allein in honorem matrimonii iſt bei Entwendun-

---

144) Vgl. außer L. 6. §. 2. L. 11. pr. L. 13. h. t. beſonders Paulus, rec. sent. V. 27. u. C. Theod. IX. 28. L. 1. init. Auch ſagt keine Stelle, daß die Strafe der lex die aq. et ign. interd. geweſen ſei. Nur bei der im Texte von mir geſetzten Annahme dürften ſich die oben angef. Stellen gehörig erklären laſſen. Auch die L. 13. h. t. wird nicht blos, wie Viele annehmen, auf die ablata pecunia, ſondern (wofür auch Matthäus iſt) namentlich auf dieſe p. quadrupli gehen. Cujacius (ad Paul. l. c.) glaubt ſogar, die poena quadrupli ſei die ausſchließliche Strafe der lex geweſen.

145) L. 3. L. 6. §. 2. ad l. Iul. pec.

146) Z. B. bei dem, welcher praedam ab hostibus captam subripit. L. 13. eod. Matthäus (de crim. XLVII. 10. cap. 2. §. 3) meint ſogar, die Strafe des Vierfachen habe allgemein mit der anderen Strafe concurrirt, freilich ohne dieß näher zu begründen.

147) Die Strafe des sacril. ſetzten kaiſerliche Verfügungen in das Ermeſſen des Richters; es wurde aber in geringern Fällen gewöhnlich auf poen. metalli oder Deportation, in ſchwereren auf Todesſtrafe, und zwar meiſt auf qualificirte, erkannt. L. 4. §. 2. L. 6. pr. L. 9. pr. L. 10. §. 1. D. h. t.

148) Dieß verſtehen die in der Note 149 angef. Stellen unter iudices. Schrader, Inst. p. 776.

149) L. un. C. de crim. pec. (9. 28.) Nach der früher gewöhnlichen Anſicht ſoll dieſe Stelle gar nicht vom Peculat, ſondern vom crim. de residuis ſprechen (ſ. die in meinem Lehrb., Bd. 2, S. 448, oben angef. Stellen). Allein dieß iſt unrichtig; ſ. die Stelle ſelbſt; ferner §. 9. J. de publ. iud. (6. 18.), und beſ. L. 1. Theod. Cod. IX. 28: Qui peculatu provincias quassavissent; auch können die rectores wohl pecunias publ. subtrahere, für die ſie nicht an ſich verantwortlich ſind. Unter den Neueren beziehen dieſe Stelle jetzt die Meiſten auf den Peculat, namentlich Roßhirt, Martin, Heffter, und auch Feuerbach in den ſpäteren Ausgaben ſeines Lehrbuchs §. 479a, Note b. Ueber die Strafe vergl. J. l. c. u. L. 5. Theod. C. IX. 27.

150) Ein Theil der römiſchen Juriſten wollte dieß mit Unrecht leugnen. L. 1. D. rer. amotar. (25. 2.) (von Paulus).. quibusdam existimantibus, ne

gen, welche zwiſchen ihnen während oder vor der Ehe (Note 154) vorfielen, oder die ein Gatte am Erblaſſer des anderen Gatten begangen hatte, ſowohl die actio furti[151]), als eine accusatio[152]) unzuläſſig[153]); nur ſachverfolgende Rechtsmittel, aber unter dieſen in der Regel ſelbſt nicht einmal die condictio furtiva[154]), ſind geſtattet[155]). Jenes gilt auch von ſolchen Fällen furtiver Contrectationen, welche beſondere crimina extraordinaria bilden (Note 152), ferner wenn bei einer von einem Dritten am Gatten verübten Entwendung der andere Gatte Hülfe leiſtet oder Miturheber iſt[156]). Gegen den Dritten dagegen, welcher, wenn ein Gatte entwendet, Miturheber iſt oder Hilfe leiſtet, finden alle Strafrechtsmittel aus dem Furtum ſtatt[157]).

2) Furtum der Eltern an den Kindern. Die Kinder konnten hier weder furti klagen noch accuſiren, da ihnen die den Eltern ſchuldige Ehrfurcht das Recht zur Anſtellung einer infamirenden Klage und einer Criminalklage gegen die Eltern entzieht[158]). Bei der väterlichen Gewalt trat in Beziehung auf Privatſtrafen und ſachverfolgende Klagen noch das beſondere Hinderniß ein, daß wegen der Vermögensverhältniſſe zwiſchen Hausvater und Hauskind ſolche Klagen unzuläſſig waren. Entwendet aber der Hausvater dem Hauskinde aus dem castrense oder einem dieſem gleichſtehenden Peculium: non tantum furtum faciet filio, sed etiam furti tenebitur[159]). Unter der furti actio kann

---

quidem furtum eam (uxorem) facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret; aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat; sed furti non esse actionem constituto iure; in qua sententia et Iulianus rectissime est. L. 29. eod.: Veritate furtum est; . . quare nec a b. f. possessore ita res amotae usucapiuntur. L. 15. §. 1. eod.

151) L. 1. 2. L. 3. §. 2. D. l. c. Entwendet aber der Gatte dem anderen Gatten die Sache eines Dritten (z. B. eine dem Gatten geliehene Sache), oder entwendet er einem Dritten, der nach den obigen Grundſätzen (Note 16 flg.) die Rechtsmittel aus dem Furtum hat, eine dem anderen Gatten gehörige Sache, ſo kann der Dritte gegen den entwendenden Gatten allerdings furti agere. L. 28. eod. u. L. 22. §. 4. C. de furt. (6. 2.)

152) Arg. L. 5. D. exp. hered. (47. 19.) L. 5. C. exp. hered. (3. 32.) L. 17. C. de furt. (6. 20.) Ueberhaupt ſpricht hiefür derſelbe Grund, aus welchem die furti actio ausgeſchloſſen iſt. Anderer Meinung iſt Klien, S. 377.

153) Natürlich mußte die Ehe eine giltige ſein. L. 17. D. rer. amotar. Aber auch die Erben des beſtohlenen Gatten konnten nicht furti klagen. L. 6. §. 3. L. 21. §. 5. eod. und Note 152.

154) Dieſe war zuläſſig, wenn die Entwendung vor Eingehung der Ehe oder am Erblaſſer des Gatten begangen war. L. 3. §. 2. D. eod.

155) L. 6. §. 5. L. 17. §. 2. L. 22. §. 1. L. 24. 25. D. eod. L. 2. C. e. t. (5. 21.) Ueber die rerum amotar. actio ſ. L. 1. 25. 30. D. eod., und über die actio rer. am. utilis L. 21. pr. eod.

156) L. 52. §. 1. 2. D. de furt.

157) L. 36. §. 1. L. 52. pr. §. 1. D. de furt.

158) L. 5. D. de obseq. parentib. praest. (37. 5.) L. 11. §. 1. D. de accusat. (48. 2.) Das Letztere in Hinſicht auf accusatio ſcheint Klien S. 378 überſehen zu haben.

159) L. 52. §. 6. D. de furt.

aber hier wegen des bei Note 158 angeführten Grundſatzes nicht die Strafklage, ſondern blos die condictio furtiva gemeint ſein[160]).

3) Furtum der Hauskinder am Hausvater. Auch bei dieſen gilt der Grundſatz: furtum quidem faciunt, furti autem non tenentur[161]). Es war hier wieder die furti actio und die accusatio ausgeſchloſſen. Juſtinian führt als Grund an, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci, und ähnlich äußert ſich auch Paulus[162]). Allein dadurch wäre weder die accusatio, noch die furti actio gegen den filius familias miles ausgeſchloſſen geweſen. Der Hauptgrund lag wohl vielmehr im Haus- und Züchtigungsrechte des Hausvaters, und deshalb ſagt Ulpian: neque enim, qui potest in furem statuere, necesse habet, adversus furem litigare; idcirco nec actio ei a veteribus prodita est[163]). Deßhalb fand hier auch keine accusatio ſtatt[164]), und gegen den Hausſohn, der ein castrense peculium hat, nur eine ſachverfolgende Klage[165]). Sogar gegen die Frau des Sohnes oder Enkels, den der Vater oder Großvater in der Gewalt hat, kann dieſer wegen Entwendungen nicht auf Strafe klagen[166]). — In Beziehung auf Dritte aber, welche Miturheber oder Gehilfen bei einem vom Hauskinde am Vater begangenen Furtum ſind, galt wieder der bei Note 157 angeführte Grundſatz[167]).

4) Furtum domesticum. Unter dieſem verſteht das römiſche Recht Entwendungen, welche der Sclave am Herrn, der Freigelaſſene am Patron, wenn er in deſſen Hauſe lebt, oder der Lohnarbeiter am Dienſt-

---

160) Einige wollen die Stelle von der Strafklage nehmen, die Meiſten aber beziehen ſich auf die ſachverfolgende Klage (Konopak, im neuen Archiv des Cr.-R., Bd. 6, S. 270, auf eine ſachverfolgende actio furti utilis wegen L. 52. §. 5. eod.). Dollmann (S. 47) führt für die Beziehung auf die condict. furt. an L. 14. §. 16. de furt. Noch mehr könnte man dafür anführen die L. 3. §. 2. D. rer. amotar.

161) L. 17. pr. D. de furt. §. 12. J. de obl. quae ex del. Deßhalb war auch die Sache der Uſucapion entzogen. §. 12. eod.

162) J. l. c. L. 16. D. l. c.

163) L. 17. pr. D. l. c. Konopak (a. a. O. S. 267) meint, dieſer Grund entſpreche mehr dem älteren röm. Rechte, als dem neueren, und ſucht (S. 171) den Hauptgrund in der Schonung des Bandes zwiſchen Eltern und Kindern, bei dem unter der Unehre des Kindes auch die Ehre des Vaters leide. Allein was das Erſtere betrifft, ſo wird der Einwand Konopak's ſchon durch L. 3. C. de patr. pot. (8. 47.) u. L. un. C. de emend. propinq. (9. 15.) widerlegt, und was den Konopak'ſchen Grund anbelangt, ſo deuten ihn die Quellen nirgends hier an, und müßten auch weiter gehen, wenn ſie ihn zu Grunde legten.

164) Mit Unrecht iſt anderer Meinung Klien, S. 377. Die L. 3. de patr. pot. ſpricht gar nicht von einer eigentlichen accusatio, ſondern von Ausübung eines hausväterlichen Rechtes.

165) L. 52. §. 5. D. de furt.

166) L. 15. §. 1. L. 16. pr. D. rer. amotar. Hier allein ließe ſich an einen ähnlichen Grund, wie ihn Konopak behauptet, vom Standpunkte des ſpäteren röm. Rechtes aus denken. S. Konopak a. a. O. S. 273.

167) L. 36. §. 1. D. de furt. §. 12. J. de obl. quae ex del. (4. 1.)

herrn, in deſſen Brot er ſteht, begeht[168]). Aus gleichen Gründen, wie in dem unter Nr. 3 angeführten Falle, weil der Verletzte durch andere Mittel ſich Genugthuung verſchaffen kann, iſt hier die Klage auf Privatſtrafe unbedingt und die Criminalanklage wenigſtens dann ausgeſchloſſen, wenn das Vergehen minder bedeutend war[169]).

II. Entwendungen, welche völlig den Thatbeſtand des Furtum haben, aber nicht als Furtum, ſondern blos mit öffentlicher Strafe als beſonderes crimen extraord. beſtraft wurden, weil bei ihnen nach dem früheren Rechte ein weſentliches Requiſit des Furtum fehlte.

Dieß ſind die Fälle des crimen expilatae hereditatis[170]), d. h. Entwendungen aus einer vom Erben noch nicht in Beſitz genommenen Erbſchaft[171]), ſofern ſie nicht von Solchen, welche ſchon früher eine Erbſchaftsſache in Händen hatten (z. B. als Commodatare, Pfandgläubiger ꝛc.) an dieſer verübt werden[172]). Nach römiſchem Recht waren ſolche Entwendungen, obwohl bei ihnen im ſpäteren römiſchen Recht der volle Thatbeſtand des Furtum vorhanden iſt, doch kein Furtum, und die acto furti fand daher bei ihnen nicht ſtatt[173]). Sie wurden aber extra ordinem von M. Aurelius' Zeiten an mit öffentlicher Strafe, deren Größe dem Ermeſſen des Richters anheimgeſtellt war, beſtraft, und bildeten das beſondere crimen extraordinar. expilatae hereditatis[174]). Alles dieſes erklärt ſich vollkommen aus Folgendem: Nach dem Tode eines Erblaſſers konnte bis zu Hadrian's Zeiten jeder Dritte, ſo lange der Erbe von der Erbſchaft noch nicht Beſitz ergriffen hatte, nach Belieben zugreifen, Erbſchaftsſachen an ſich nehmen und ſie in kurzer Zeit, trotz ſeiner mala fides, dem Erben abverjähren. Seine Handlung konnte daher kein Furtum ſein und nicht beſtraft werden, eben weil ſie eine

---

168) L. 11. §. 1. D. de poen. (48. 19.) Vgl. auch Chr. Aug. Günther, D. de furto domest. (Lips. 1785, 4.) p. 10 sq.

169) L. 11. §. 1. cit., ferner L. 17. pr. L. 89. D. de furt. Unrichtig ſagt Klien (S. 372), daß die Criminalanklage überhaupt bei allen furta dom. ausgeſchloſſen geweſen ſei.

170) D. tit. Expilatae hereditatis (47. 19.) u. C. tit. De crim. exp. hered. (9. 32.) — Ungenügend iſt Chr. Frid. Schmid, D. (Praes. A. Kaestner) de crim. expil. hered. Lips. 1746 (16 pp.), 4., und noch mehr Car. Fred. Le Begue, D. de expil. hered. sec. ius Rom. et hod. Gand. 1826 (16 pp.), 4., welche, ohne Verſuche einer Erklärung der Natur des Vergehens, blos den Inhalt der Quellen dürftig und nicht ohne grobe Verſtöße anführen.

171) L. 2. §. 1. D. h. t.: Ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam res ab herede possessae sint. Die letzteren Worte ließen Manche außer Acht, und nahmen deßhalb ein crim. exp. hered. nur bei noch nicht angetretener Erbſchaft an; z. B. Schmid l. c. p. 7; Klien, S. 389, und Mittermaier zu Feuerbach, §. 349, Note 1. Es iſt dieß aber ein offenbares Ueberſehen. S. auch L. 5. §. 6. D. rer. amotar.

172) Dieſe Beſchränkung laſſen die Meiſten bei dem Begriffe des cr. exp. her. weg. S. aber L. 68—70. D. de furt.

173) Rei hereditariae furtum non fit. L. 6. L. 2. §. 1. D. h. t. L. 68. L. 14. §. 14. D. de furt. L. 40. D. de noxal. act. (9. 4.)

174) L. 1. 2. D. h. t. Ueber das Maß der Strafe ſagen die Quellen nichts.

erlaubte war[175]). Nur wer die Sache ſchon vorher aus anderen Gründen in ſeinen Händen (z. B. als Commodatar) hatte, durfte ſie ſich nicht auf dieſe Weiſe zum Zwecke der Uſucapion anmaßen. Unterſchlug dieſer alſo eine ſolche Erbſchaftsſache, ſo war die Handlung ſchon nach älterem Rechte ein *Furtum*, und hatte alle Folgen des Furtum[176]) *Hadrian* aber beſchränkte jene usucapio pro herede lucrativa, und gab dem Erben, wenn er kein necessarius heres war, das Recht, ſie zu reſcindiren[177]), und ſo kam man bald darauf, auch das *Wegnehmen* der Sachen für widerrechtlich und ſtrafbar zu erklären. Dieß geſchah, wie es ſcheint, durch M. *Aurelius*[178]). Freilich wäre *nun*

---

175) *Caius*, comment. II. 52—58, vergl. mit *Caius*, III. 199. u. L. 83. pr. D. de furt.: Pro *herede* res appreh.

176) S. Note 172, und v. *Savigny*, Recht des Beſitzes, §. 7, S. 78 der 6. Ausg. Der *einzige* Grund, aus welchem die expilatio hereditatis kein Furtum war, fiel hier weg: die Erlaubtheit der That. Ebenſo konnte, wenn der Poſſeſſor z. B. Fauſtpfandgläubiger oder Detentor einer einem Dritten gehörigen Sache ſtarb, und ſie entwendet wurde, der Eigenthümer der Sache wohl furti klagen (nicht aber der *Erbe* des Geſtorbenen). Denn hier gehörte die Sache dem *Eigenthume* nach nicht zur Erbſchaft. L. 14. §. 14. D. de furt.

177) *Caius*, comm. II. 57. 58.

178) L. 1. D. h. t. Kein Schriftſteller, der vor M. Aurel lebte, erwähnt eines crimen expil. hered. — Auf dieſe (erſt durch Auffindung des veroneſ. Cajus möglich gewordene) Weiſe erklärte ich den Grundſatz des älteren Rechtes, daß hereditariae rei furtum non fit, und das crim. expil. hered. in meinem Lehrb. Bd. 2, S. 331 flg. Dieſelbe Erklärung gab auch ſpäter *Unterholzner*, Verjährungslehre, Bd. 1, S. 216, und *Arndts*, im rhein. Muſeum, Bd. 2, S. 132, und ihr traten wohl die meiſten Neueren bei, z. B. *Heffter*, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 514; *Abegg*, Lehrbuch, §. 370; *Mittermaier* zu Feuerbach, §. 349, Note 1. Uebrigens gibt ſchon *Cajus* ſelbſt beim Furtum (comm. III. 201.) dieſe Erklärung. Vgl. auch L. 83. pr. de furt. Dagegen glaubt *Martin* (Lehrb., 2. Ausg., §. 161, Note 1), daß ich (und ſomit *Cajus*) bei jener Erklärung „den hiſtoriſch richtigen Geſichtspunkt völlig verkenne.“ Er erklärt die Sache, wie auch ſchon viele Aeltere, namentlich mit Jo. *Altamiranus* und mit Franc. *Ramos* (in *Meermann*. thesaur. tom. II. p. 428, 429. u. tom. VII. p. 102 sq. aus L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. (47. 4.) Allein ſ. dagegen mein Lehrb. a. a. O. und nun auch beſonders *Unterholzner* a. a. O. S. 214 flg., und *Arndts*, über d. usuc. pro her., im rhein. Muſeum, Bd. 2, S. 132, welcher noch richtig bemerkt, „daß der Grund, den *Scävola* (in der L. 1. §. 15. cit.), wohl von dem Beſtreben verleitet, aus dem Begriffe zu entwickeln, was aus äußeren Gründen Rechtsſatz geworden war, anführt, *unrichtig ſei*, *das zeige faſt am Beſten die Bemühung von Altamiranus* a. a. O., *dieſer Erklärung alle Stellen anzupaſſen*.“ Wirklich ſind auch die Ausführungen von *Altamiranus* und *Ramos*, welche die Sache nicht *hiſtoriſch* zu erklären ſuchen, und das „si nullus sit possessor, furtum fieri negat“, auch im neueren Rechte noch als durchaus geltend annehmen, ſehr ungenügend und voll der erzwungenſten Interpretationen. Das römiſche Recht gibt ein Furtum an beſitzloſen Sachen aufs Entſchiedenſte zu (oben Note 35; vgl. auch Note 14, 54). Sollte dieß auch erſt im ſpäteren röm. Rechte geſchehen ſein, ſo wäre es doch, wenn in der Beſitzloſigkeit der hereditas der Grund davon, daß an ihr ein furtum nicht habe verübt werden können, liegen würde, rein unerklärlich, warum bei der hereditas die Entwendung auch ſpäter kein Furtum, *bei anderen beſitzloſen Sachen aber ein Furtum bildete*.

kein Hinderniß vorhanden geweſen, die Handlung ganz als Furtum zu behandeln, wie die Fälle der Note 176. Allein nach dem älteren Rechte war einmal die Handlung kein Furtum, und wie ſo oft im römiſchen Recht, ſo ließ man es auch hier, ungeachtet der geänderten Vorausſetzungen beim alten Grundſatze und ergänzte die entſtandene Lücke durch ein neues Inſtitut die accusatio expilatae hereditatis [179]), welche übrigens nicht blos öffentliche Beſtrafung des Thäters, ſondern zugleich Zurückgabe des Entwendeten zum Zwecke hatte [180]).

Nur gegen den Miterben fand nicht einmal eine accusatio expilatae hereditatis ſtatt; denn das römiſche Recht ſcheint hier von der Anſicht einer blos ſubſidiären Natur dieſer accusatio ſogar ſoweit geleitet worden zu ſein, daß es im angeführten Falle das judicium familiae herciscundae für genügend hielt [181]). Ebenſo war ſie ausgeſchloſſen, wenn ein Ehegatte aus dem Nachlaſſe des verſtorbenen Gatten etwas entwendete, ehe die Erben von der Erbſchaft Beſitz ergriffen hatten (ſ. die Stellen der Note 152); dieſes aus denſelben Gründen, aus welchen bei Entwendungen zwiſchen Ehegatten die furti actio ausgeſchloſſen war (L. 5 D. de crim. exp. her.) Im Uebrigen galten in Hinſicht auf Thatbeſtand und Verfolgbarkeit [182]) beim cr. exp. hered. ganz die Grundſätze des Furtum; auch infamirte die Verurtheilung bei demſelben, wie beim Furtum [183]).

III. Entwendungen, welche als Furtum nicht beſtraft werden konnten, weil ein weſentliches Requiſit des Furtum bei ihnen fehlte, die aber doch öffentliche Strafe nach ſich zogen. Hierher gehören zwei Claſſen von Fällen.

1) An einer res sacra und religiosa konnte, ſtreng genommen, ein Furtum nicht begangen werden; die Entwendung derſelben wurde aber als Peculat beſtraft. Note 134 flg.

2) Ein Verſuch des Furtum konnte als ſolcher nicht beſtraft werden. Note 59 flg. Das Bedürfniß führte aber natürlich darauf, wenigſtens in den gefährlicheren Fällen die Conate zu ſtrafen. Dieß geſchah

a) beim Furtum mit Waffen. Hier kann gegen den Thäter

---

179) Dadurch beantworte ich die Frage, welche Luden (D. de furti not. p. 37) aufwirft. S. auch Heffter a. a. O. Die Behauptung, welche Luden a. a. O. aufſtellte, daß zum cr. exp. hered. eine oblatio violenta nöthig geweſen ſei, wird derſelbe wohl jetzt ſelbſt nicht mehr vertheidigen.

180) Dieß ergibt ſich entſchieden aus L. 4. D. h. t. und L. 4. u. 6. C. h. t. Daraus erklärt ſich auch die L. 3. D. h. t. S. auch Arndts a. a. O. S. 133.

181) L. 3. C. fam. herc. (3. 36.): Expilatae enim hered. crimen frustra coheredi intenditur, quum iudicio fam. herc. indemnitati eius prospiciatur. Vgl. L. 6. C. exp. her.: Expilatae her. crimen loco deficientis actionis intendi posse, non est iuris ambigui, und die vorhergehende Note.

182) Hieraus erklären ſich L. 4. u. 5. D. h. t. in Beziehung auf die Ehefrau.

183) L. 12. C. ex quib. caus. inf. (2. 12.) Dieſe Stelle nennt das Verbrechen ein furtum improbius, eben weil zu ihm der ganze Thatbeſtand des Furtum gehört.

eine accusatio ex lege Cornelia de sicariis erhoben werden, und zwar nicht blos beim ausgeführten Furtum, ſondern auch ſchon, si quis furti faciendi causa cum telo ambulaverit[184]).

b) Bein Furtum durch Einſteigen in Gebäude (directariorum crimen)[185]). Hier wird ſchon derjenige, welcher furandi animo einſteigt, wenn er auch das Furtum nicht conſummirt, extra ordinem mit öffentlicher Strafe belegt[186]).

c) Ob auch ſonſt noch Conate des Furtum beſtraft wurden, darüber äußern ſich die Quellen nicht. Bei den effractores (Note 117) dürfte übrigens jedenfalls das argumentum a minori ad majus (vom Directoriat) auf die Bejahung der Frage führen[187]). In allen anderen Fällen, namentlich auch in denjenigen, welche beſonders benannte crimina extraordinaria bildeten, können wir beim Schweigen der Quellen wohl nicht annehmen, daß hier die Römer von dem, durch die urſprüngliche Natur des Privatdelicts begründeten Grundſatze, nach welchem zum Furtum ausgeführte Contrectation gehörte, abgewichen ſeien[188]).

II. Diebſtahl im weiteren Sinne; uneigentlicher Diebſtahl; Entwendung. Weit enger, als der des römiſchen Furtum, iſt der Begriff und Thatbeſtand des teutſchen Diebſtahls. Die Teutſchen behandelten ſchon von früheren Zeiten her, den Diebſtahl als ein beſonders verächtliches und mit harter öffentlicher Strafe zu beſtrafendes Verbrechen. Während die ſchwerſten Verletzungen, ſelbſt Tödtungen, mit Geldbußen geſühnt werden konnten, traf den Dieb meiſt ſchimpfliche Todesſtrafe, und wenn er ſich ja mit Gunſt des Richters

---

184) L. 1. pr. D. ad l. Corn. de sic. (48. 8.)

185) L. 7. D. de extraord. crim. (47. 11.): Directarii .. hoc est hi, qui in aliena coenacula se dirigunt furandi animo, plus, quam fures, puniendi sunt. Bekanntlich iſt es ſehr beſtritten, was die Römer unter Directariat verſtanden. Das Nähere über die verſchiedenen Anſichten und die Begründung des im Texte aufgeſtellten Begriffes, dem nun auch Spätere, z. B. Luden, über den Verſuch des Verb. S. 196, beitreten, ſ. in meinem Lehrb., Bd. 2, S. 332—337. Wieder eine andere Anſicht vertheidigt nun Fr. Vict. Ziegler (Observat. iur. crim. Lips. 1838, 8. p. 39—50); nämlich Directarii ſeien Solche geweſen, welche in der Abſicht zu ſtehlen durch Gewaltanwendung gegen Perſonen in fremde Häuſer eindringen. Allein dieſe Beziehung des Directariats auf einen ſolchen Raubverſuch, obwohl mit Scharfſinn und guter Combination vertheidigt, hat doch ſehr Vieles entſchieden gegen ſich.

186) D. l. c., ferner L. 1. §. 2. D. de effractor. (47. 18.) Paulus, rec. sent. V. 4. §. 8. Allerdings lag im Directariat eine conſummirte Injurie (oben Note 59, 60), und aus dieſem Grunde meint Zachariä, Lehr. v. Verſ., Bd. 1, S. 155, daß hier von einer Beſtrafung eines Verſuches nicht die Rede ſei. Allein aus der L. 7. cit., der Vergleichung des directarius mit eigentlichen fures, und der Zuſammenſtellung deſſelben mit fures (L. 1. §. 2. cit.) dürfte hervorgehen, daß der furandi animus in Verbindung mit der Weiſe, wie der Thäter dieſe Abſicht auszuführen ſuchte, es war, der die Auszeichnung des Directariats motivirte. Vgl. auch mein Lehrb., Bd. 2, S. 336.

187) Das Gleiche, nur aus anderen Gründen, nehmen ſehr Viele an, unter den Neueren z. B. Roßhirt, Geſch. u. Syſt., Bd. 2, S. 287; Luden a. a. O. S. 195 flg.

188) And. Mein. ſind Viele, u. A. auch Luden a. a. O. S. 197.

loskaufen konnte, doch unbedingt Ehrloſigkeit, mit der die Teutſchen nicht ſo freigebig waren, als die Römer mit ihrer infamia. So war es auch natürlich, daß dieſes Verbrechen weit enger begrenzt wurde, als bei den Römern das Furtum. Der eigentliche teutſche Diebſtahl umfaßt blos einen der vielen Fälle des Furtum, den bei Note 27 oben angeführten Fall des furtum ipsius rei, und zwar mit Ausſchluß des Raubes. Weder Raub, noch Unterſchlagung, noch die übrigen von Note 35—40 angeführten Fälle des furtum ipsius rei, noch des furtum usus und suae rei gehören zum teutſchen Diebſtahle. Dieſe Anſicht, welcher die teutſche gemeinrechtliche Praxis entſchieden zugethan iſt, und der auch die neueſten Geſetzgebungen durchaus folgen, theilen auch die meiſten älteren und neueren Criminaliſten; nur muß man dabei beachten, daß Manche das Wort Diebſtahl in einem weiteren und engeren, in einem eigentlichen und uneigentlichen Sinne nehmen, und blos unter dem Diebſtahle im engeren und eigentlichen Sinne, den wahren teutſchen Diebſtahl verſtehen, ſomit durch Diebſtahl (im weiteren Sinne) Manches bezeichnen, was kein teutſcher Diebſtahl iſt und was auch ſie für einen wahren Diebſtahl nicht erklären wollen, und daher in der berührten Beziehung zu den Diſſentienten nicht zu zählen ſind. Um aber ſich nicht zu verwirren, iſt es nöthig, über den Sinn, in welchem Diebſtahl und auch das Wort Entwendung und Dieberei von Manchen genommen wird, ſich kurz zu orientiren.

1) Manche nehmen Diebſtahl in einem weiteren Sinne für das Genus, welches den Raub und den (wahren) Diebſtahl unter ſich begreifen ſoll, und bezeichnen dann den teutſchen Diebſtahl, im Gegenſatz zum Raube, durch eigentlichen oder wahren, oder Diebſtahl im engeren Sinne. Dies that z. B. Feuerbach[189]), Martin[190]) und Salchow[191]). Einige, z. B. Klien, S. 154 flg., unterſcheiden einen uneigentlichen Diebſtahl als gleichbedeutend mit dem römiſchen Furtum, einen eigentlichen Diebſtahl im weiteren Sinne, welcher den teutſchen Diebſtahl und Raub umfaſſen, und einen eigentlichen Diebſtahl im engeren Sinne, welcher den teutſchen Diebſtahl, im Gegenſatze zum Raube und zu den Fällen des eigentlichen Diebſtahls im weiteren Sinne, die wie der Kirchendiebſtahl (sacrilegium) einen eigenen Namen haben, begreifen ſoll. Wieder Andere unterſcheiden vom Diebſtahl „im eigentlichen Sinne" einige Fälle, z. B. die Unterſchlagung und den Funddiebſtahl, die ſie auch zum Diebſtahle zwar zählen, aber nur in einem weiteren Sinne und daher auch nach anderen Grundſätzen beſtrafen wollen, als den eigentlichen Diebſtahl[192]). — Was die-

189) Von der 9. Ausgabe ſeines Lehrbuches an nicht mehr; ſ. daſſ. §. 323.
190) Mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 267.
191) Salchow, Lehrb. §. 344.
192) Z. B. B. W. Pfeiffer, prakt. Ausführungen, Bd. 2, Nr. XVI. Aehnlich macht es Hepp, im neuen Archiv des Crim.-R., Bd. 14, S. 260 flg. Er ſagt, unter Berufung auf Pfeiffer, der Funddiebſtahl ſei unleugbar eine Art des Diebſtahls, aber — nichts von dem, was die Carolina über Beſtrafung des Diebſtahls feſtſetze, ſei auf ihn anwendbar.

ſen Sprachgebrauch betrifft, ſo kann er nur zu Mißverſtändniſſen und Verwirrungen führen, und iſt auch an ſich unrichtig. Unſere gemeinen teutſchen Geſetze verſtehen unter Diebſtahl niemals den Raub; unter Diebſtahl im weiteren Sinne, oder gar, wie Klien, unter Diebſtahl im eigentlichen Sinne auch den Raub zu begreifen, iſt daher gegen die Geſetze und auch gegen den Sinn des Wortes Diebſtahl[193]). Eben ſo begreifen, wie ſich unten ergeben wird, weder unſere Quellen, noch der gemeine Sprachgebrauch unter Diebſtahl alle Fälle des römiſchen Furtum, noch die oben vom teutſchen Diebſtahle ausgeſchiedenen Fälle desſelben, und es iſt daher zu mißbilligen, wenn ſie, ſei es auch nur in einem weiteren Sinne, durch Diebſtahl bezeichnet werden. Nur muß man ſich hüten, wenn etwa die Quellen eine Handlung als eine diebiſche oder diebliche bezeichnen, z. B. von dieblichem Behalten ſprechen, hier gleich an einen Diebſtahl zu denken. Denn dieſe Ausdrücke werden auch gebraucht, um im Allgemeinen die Richtung der Handlung zu bezeichnen, ohne ſie dadurch zum Diebſtahle ſtempeln zu wollen[194]). Eben ſo wenig kann man aus einem einzelnen hergebrachten mißbräuchlichen Ausdrucke, z. B. dem Ausdrucke Funddiebſtahl, Folgerungen ziehen, wie ſchon von der anderen Seite der häufig gebrauchte Ausdruck Kirchenraub und Mundraub beweiſt. So wird auch das Wort Dieb bisweilen im gemeinen Leben (z. B. von Nachdruckern) und in Rechtsquellen (z. B. Sachſenſpiegel B. 3. Art. 4) entſchieden in einem blos bildlichen, uneigentlichen Sinn gebraucht. Will man das Furtum in ſeinem ganzen Umfange durch einen teutſchen Ausdruck vom teutſchen Diebſtahle unterſcheiden, ſo könnte man am eheſten noch mit Heffter die Fälle des römiſchen Furtum im Allgemeinen durch Dieberei oder Diebheit bezeichnen und von ihnen den Diebſtahl unterſcheiden, wobei jedoch zu bemerken iſt, daß auch dieſe Worte dem ganzen Umfange des Furtum doch nicht durchaus entſprechen möchten.

2) Der Ausdruck Entwendung wird ebenfalls in ſehr verſchiedenem Sinne gebraucht. Viele nehmen ihn in einem ganz weiten Sinne als Ueberſetzung des römiſchen Furtum und ſprechen daher von Sach-, Beſitz- und Gebrauchs-Entwendung; ſo Feuerbach, Henke, Martin. Dabei unterſcheiden theils dieſelben, theils Andere ein beſonderes Verbrechen der Entwendung im engeren Sinne, unter welchen ſie den gemeinſchaftlichen Thatbeſtand des teutſchen Diebſtahls und des Raubes begreifen; endlich nehmen Manche, z. B. wieder Martin und Henke, Entwendung in einem noch engeren Sinne als

---

193) Adelung, Wörterbuch der hochteutſchen Mundart, u. d. W. Diebſtahl. Vgl. auch Erhard, de furti not. p. 133, 147, welcher mit Recht ſagt: Ante omnia proscribatur infelicissima illa furtorum in propria et impropria distinctio, quia quae improprie furta sunt, proprie furta plane non sunt, neque ita debent appellari.

194) Wie auch die Römer bisweilen furtive in Fällen gebrauchen, in welchen nach ihrer Anſicht beſtimmt kein Furtum vorhanden iſt; z. B. L. 6. D. de poss. (41. 2.) Vgl. auch Klien, S. 80, Note, und Erhard l. c. p. 81, not.

gleichbedeutend blos mit dem teutſchen Diebſtahle, im Gegenſatze zum Raube. — Ein ſolcher Gebrauch kann natürlich nur wieder zu Verwirrungen führen. Auch möchte die Aufſtellung eines beſonderen Verbrechens der Entwendung, das lediglich in dem gemeinſchaftlichen Thatbeſtande zweier verſchiedener und von den Geſetzen ganz verſchieden gehaltener und bezeichneter Verbrechen, des Diebſtahls und Raubes, beſtehen ſoll, um ſo weniger zu billigen ſein, als der Ausdruck Entwendung ſchon an ſich eine viel weitere Bedeutung hat[195]). Ueberhaupt ſtellen unſere Geſetze nirgends ein Verbrechen der Entwendung auf und gebrauchen den Ausdruck niemals um ein beſtimmtes Verbrechen zu bezeichnen; eben ſo wenig hat ſich hierüber in der Doctrin und in der Praxis ein techniſcher Sprachgebrauch gebildet. Allerdings bezeichnet Entwenden die äußere That des Diebes, wie die des Räubers, und deßhalb ſpricht auch die Carolina vom Entwenden durch Diebſtahl und durch Raub, allein nicht in einem beſonderen techniſchen Sinne. Auch geht das Wort viel weiter und bezeichnet eben jeden Act, durch den man dem Berechtigten eine Sache eigenmächtig entzieht. So kann man daher Entwendung wohl gebrauchen, um die verſchiedenen Richtungen des Furtum zu bezeichnen; aber auch hier geht die Bedeutung des Wortes noch weiter, indem man z. B. auch eine Selbſthilfe durch Entwendung begehen kann. Es empfiehlt ſich dabei auch in praktiſcher Beziehung ſehr, dem Wort keine ſpeciellere techniſche Bedeutung zu geben, indem man dadurch ſich einen Ausdruck erhält, durch den man eine That oder eine Anſchuldigung ganz im Allgemeinen bezeichnen und dabei die ſpecielle Richtung des Verbrechens vorerſt unentſchieden laſſen kann.

III. Diebſtahl[196]). Vor Allem kommt es bei der Frage über Natur und Umfang des Diebſtahls auf die Beſtimmungen und den Geiſt der Carolina an. Daß dieſe bei ihrer ausführlichen Behandlung des Diebſtahls hauptſächlich teutſches Recht im Auge hatte und durch teutſche Rechtsbegriffe und Gewohnheiten geleitet wurde, dürfte keinem Zweifel unterworfen ſein. Der enge Begriff des Verbrechens, von dem ſie entſchieden ausgeht, die Art der Beſtrafung, die ſtete Rückſicht auf die Größe des Diebſtahls, die von ihr herausgehobenen Auszeichnungen des Verbrechens, ihre Beſtimmungen über Entwendung von Holz, bewei=

---

195) Auch Birnbaum (neues Archiv, Bd. 13, S. 98 flg.) tritt im Ganzen Feuerbach bei und hält es für zweckmäßiger und richtiger, jene beiden Verbrechen „unter der Rubrik von Entwendung zuſammenzufaſſen, ſtatt (wie ich in meinem Lehrbuche) unter der von rechtsw. Zueignung beweglicher Sachen." Allein nach Feuerbach's und Martin's Anſicht handelt es ſich hier nicht von einer bloßen Rubrik; und würde es ſich auch davon blos handeln, ſo wäre die Rubrik Entwendung hier (blos für Diebſtahl und Raub) zu weit.

196) Zu der oben angegebenen Literatur iſt hier noch beizufügen: Gropp, der Diebſtahl nach dem älteren Rechte der freien Städte Hamburg, Lübeck und Bremen; in Hudtwalcker und Trummer, criminaliſt. Beiträge, Bd. 2, S. 1—79, u. S. 238—406 (eine treffliche Arbeit über Diebſtahl nach dem vorcaroliniſchen teutſchen Rechte überhaupt). — Quellen: P. G.=O. Art. 157—175. Vgl. bambergenſ. A. 183—201.

weiſen dies ſchon zur Genüge[197]. Eben ſo wenig aber dürfte zu leugnen ſein, daß auch hier die Carolina, wenn gleich im Ganzen von germaniſcher Grundlage ausgehend, doch im Einzelnen theils unmittelbar, theils durch Vermittelung der Wiſſenſchaft, das römiſche Recht vor Augen hatte[198]. Schon deßhalb und nach der allgemeinen Erklärung der P. G.-O. Artikel 105 iſt auch hier das römiſche Recht als Hilfsrecht nicht auszuſchließen, und man mag ſelbſt zugeben, daß jede einzelne Verſchiedenheit des Thatbeſtandes des Diebſtahls von dem des Furtum durch beſtimmte Ausſprüche oder den Geiſt der teutſchen Geſetze oder des teutſchen Gewohnheitsrechts nachgewieſen werden müſſe[199]. Dieſe Verſchiedenheiten ſind aber ſehr bedeutend, und zwar folgende.

1. Es iſt vom Diebſtahle ausgeſchloſſen, die oben bei Note 34 bezeichnete Unterſchlagung. Das teutſche Recht aus der Zeit vor der Carolina trennt ſie entſchieden vom Diebſtahle. Es verlangt zu demſelben eine Verletzung der Were des Beſtohlenen, eine Entwendung der Sache aus der Were deſſelben[200], d. h. aus ſeinem eingefriedigten Beſitzthum oder wenigſtens aus einem Orte, in welchem die Sache als in dem beſonderen, unmittelbaren Schutze des Verletzten ſtehend, zu betrachten war[201]. Es unterſcheidet deßhalb weſentlich vom Diebſtahle das bloße diebliche Behalten einer Sache, bei welchem der Thäter die Sache nicht aus fremder Were entwendet; hierher rechnen namentlich die Quellen des Mittelalters: wenn Jemand Gefundenes, das im Waſſer ihm zugefloſſene fremde Gut, ferner die zu treuer Hand ihm anvertrauten fremden

---

197) Schon Aeltere, z. B. Böhmer, gehen hiervon aus. S. auch Dollmann, S. 93 flg., 96 flg., 87 flg.,

198) Zu weit geht wohl Roßhirt (Geſch. u. Syſt. d. teutſchen Strafr., Bd. 2, S. 307), wenn er ſagt: Auch nicht ein einziger Gedanke in der Carolina (beim Diebſtahl) gehört unmittelbar und wahrhaft dem römiſchen Rechte an; vergl. Roßhirt ſelbſt a. a. O. S. 309 oben, S. 314, 315, 316 u. 325. Aehnlich äußerte ſich auch ſchon Erhard (de furti not. p. 56 sq.). Dagegen geht wohl von der entgegengeſetzten Seite zu weit Heffter, Lehrb., 2. Ausg., §. 490, Note 1, §. 492, Note 7.

199) Wie von Klien, S. 155, Note, Martin, Lehrb. §. 139, und überhaupt beinahe durchaus behauptet wird. Freilich könnte man wohl entgegnen, daß in dieſer Behauptung eine petitio principii liege. Denn ihr liegt eine Vorausſetzung zum Grunde, welche eigentlich erſt zu beweiſen wäre. Indeſſen kommt man hier im Reſultate auf daſſelbe, mag man von der Nothwendigkeit der Nachweiſung der einzelnen Verſchiedenheiten zwiſchen Furtum und Diebſtahl ausgehen, oder zuerſt die Natur des Diebſtahls aus den teutſchen Quellen entwickeln, und dann das Gefundene mit dem Furtum vergleichen. — Hilfsrecht iſt das römiſche Recht hier namentlich inſofern, als in den Fällen, welche gleichmäßig zum Diebſtahle und zum Furtum gehören, die Lücken des teutſchen Rechtes aus dem zu ergänzen ſind, was das röm. Recht über dieſe Fälle enthält.

200) Nicht ein Wegtragen oder Entfernen aus der Were, wie Manche wollen, und auch theilweiſe wenigſtens Cropp a. a. O. S. 34 flg. Die Were iſt verletzt, ſelbſt wenn der Dieb noch innerhalb der Pfähle des Beſtohlenen iſt, aber die Sache bereits an ſich genommen und in ſeine Gewalt gebracht hat. Nicht dagegen iſt Sachſenſp., B. 2, Art. 29, wie beſonders Klien S. 265 zeigte.

201) Sachſenſpiegel B. 2, Art. 29; B. 3, Art. 22. Cropp a. a. O. S. 13 flg.

Sachen unterſchlägt, überhaupt wenn Jemand eine fremde Sache, welche mit dem Willen des Eigenthümers oder, wenn ohne denſelben, doch nicht durch Entfremdung aus fremder Were in ſeine Hände kam, ſich widerrechtlicher Weiſe aneignet [202]). Daß die Carolina ſich an dieſes teutſche Recht anſchloß, iſt ganz unverkennbar. Sie gebraucht das Wort Diebſtahl und Stehlen immer in ſolchen Verbindungen, daß ſich daraus augenſcheinlich ergibt, ſie verbinde ſtets mit jenen Begriffen die Nothwendigkeit einer Entziehung der Sache aus fremdem Beſitze (im weiteren Sinne, Detention) [203]). Namentlich ergibt ſich dies dem unbefangenen Blicke aus der Art und Weiſe, wie ſie gleich in den erſten Artikeln (Artikel 157 ff.) die verſchiedenen Diebſtähle zu beſchreiben beginnt und bei jedem derſelben unterſcheidet, ob beim Stehlen der Dieb betreten worden, oder ob er zum Diebſtahle eingeſtiegen oder eingebrochen ſei, oder ob dies nicht der Fall geweſen; eine Unterſcheidung, von der ſie in dieſer durchgreifenden allgemeinen Weiſe nicht hätte ausgehen können, wenn ſie die Unterſchlagung noch zum Diebſtahle gezählt haben würde. Ueberdies führt ſie noch bei der Lehre vom Diebſtahle (Artikel 170) die Unterſchlagung des zu treuen Handen Anvertrauten an, beſtimmt aber bloß, daß dieſer Fall der Unterſchlagung gleich einem Diebſtahle beſtraft werden ſolle, bezeichnet ihn nicht durch Diebſtahl, und gebraucht nicht das Wort Stehlen, wie in allen anderen unmittelbar vorangehenden und nachfolgenden Artikeln [204]). Sollte aber ja noch ein

---

202) Sachſenſp. an den angef. Orten; auch B. 2, Art. 37; B. 3, Art. 5, §. 1, und beſ. Gropp a. a. O. S. 43—70, und die daſ. angef. Quellen. Ob Unterſchlagung des zum Gebrauche Geliehenen auch zum dieblichen Behalten, oder, wie Gropp S. 62—68 meint, nicht einmal zu dieſem gehörte, darüber läßt ſich wohl ſtreiten. — Das diebl. Behalten zog nicht Ehr- und Rechtloſigkeit, überhaupt nicht peinliche Strafe, wie der Diebſtahl, nach ſich, ſondern blos Buße an den Verletzten und Wette an den Richter. Gropp a. a. O. S. 252 flg., 258.

203) Jedenfalls müſſen wir im ſpäteren teutſchen Rechte die römiſchen Begriffe von Beſitz auch hier an die Stelle der Were ſetzen. Vgl. auch Mittermaier, teutſches Privatrecht, 5. Ausg., §. 151; Roßhirt, Geſch. u. Syſt., Bd. 2, S. 316. — Anderer Meinung ſcheint Heffter, Lehrbuch, 2. Ausg., §. 493, zu ſein, wenn er verlangt, daß die Sache in einer Lage ſich befand, wo der Inhaber unmittelbar über ſie verfügen kann, „ſei ſie nun in ſeinem wirklichen Verſchluß oder auf ſeinem Eigenthum oder an einem von ihm allein gewählten und gekannten Orte.“ Hiernach wäre es kein Diebſtahl, wenn mein Nachbar meinen Hund oder Truthahn, der zufällig auf ſein Gehöfte kam, feſthält und ſich aneignet? S. aber Klien, S. 288.

204) Vergl. die Rubrik des Art. 170 und die Worte im Texte: ſolch' Miſſetat, mit der Rubrik der Art. 167—169 und 171 flg. und die Worte im Art. 167: Das iſt ein Diebſtall. Deßhalb beweiſt der Art. 170 nichts für die Gegner, wie ſie glauben, ſondern gegen ſie; dieß um ſo mehr, als dieſer Artikel auch von dem bloßen unbefugten Gebrauchen der anvertrauten Sache handelt (mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 397). Wer daher aus dem Artikel beweiſen wollte, daß die Unterſchlagung Diebſtahl ſei, müßte dann auch annehmen, daß das furtum usus zum teutſchen Diebſtahle gehöre. Dieſes thut aber meines Wiſſens keiner der Diſſentienten. — Nicht mit Unrecht beruft ſich Klien S. 161 flg. auch noch auf die Bedeutung des teutſchen Wortes Stehlen und auf den allgem. Sprachgebrauch.

Zweifel übrig ſein, ſo iſt doch eher anzunehmen, daß die vom Diebſtahle handelnde und denſelben im Weſentlichen nach teutſchen ſtrafrechtlichen Grundſätzen behandelnde Carolina bei ihrem Diebſtahle das im Auge hatte, was man nach teutſchem Rechte und teutſchem Sprachgebrauche unter Diebſtahl verſtand, nicht aber das, was die Römer unter Furtum verſtanden! Es iſt auch die überwiegende Mehrzahl der teutſchen Criminaliſten dafür, daß die Unterſchlagung und ſomit auch der ſogenannte Funddiebſtahl zum Diebſtahle nicht gehöre [205]), und nur Wenige (unter dieſen Feuerbach) ſind anderer Meinung [206]). Auch die teutſche gemeinrechtliche Praxis nahm in der früheren Zeit, und nimmt wohl auch in der jetzigen Zeit Jenes entſchieden an [207]). Ueber Thatbeſtand und Strafe der Unterſchlagung ſiehe das Nähere beim Artikel Unterſchlagung.

2. Eben daraus, daß zum teutſchen Diebſtahl, wie gezeigt wurde, eine eigenmächtige Entwendung der Sache aus fremdem Beſitze gehört, folgt auch, daß die oben bei Note 36 — 41 angeführten Fälle des römiſchen furtum ipsius rei nicht zum teutſchen Diebſtahle gehören [208]). Streng genommen müßte man, in Ermangelung anderer Beſtimmungen

---

205) S. mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 282. Unter den Neueren ſind namentlich für dieſe Anſicht Tittmann, Erhard, Grolman, Klien, Roßhirt, Martin, Bauer, Mittermaier (zu Feuerbach §. 315a), Heffter, Dollmann und Abegg (der aber Lehrbuch, S. 458, 460, ſich ungenau ausdrückt, und nicht nur von einem eine Unterſchlagung begehenden Diebe ſpricht, ſondern auch anzunehmen ſcheint, daß der Funddiebſtahl „unter den Begriff des Diebſtahls unter Umſtänden (? ?) unmittelbar falle"). Für dieſe Anſicht ſind beſonders zu vergleichen die Ausführungen von Erhard, de furti not. p. 60—81; Grolman, Grundſ., §. 207, 179, und in ſ. Bibliothek für d. p. R.-W., Bd. 1, St. 2, S. 203 flg.; Klien, S. 159—167; Martin, Lehrbuch, §. 140; Roßhirt, Geſch. u. Syſtem, Bd. 2, S. 316 flg.; Dollmann, S. 94 flg., und Heffter, Lehrbuch, §. 492, Note 4.

206) Unter den Aelteren beſ. Böhmer, Quiſtorp und der ältere Meiſter; unter den Neueren Kleinſchrod, Feuerbach, Salchow und Hepp (Verſuche S. 11 flg., und im Archiv, Bd. 14, S. 353 flg., welcher wenigſtens die Fälle des Art. 170 der P. G.-O. zum Diebſtahle, die übrigen Fälle der Unterſchlagung aber zum Betruge, Letzteres freilich jedenfalls mit Unrecht, zählt). Diejenigen, welche wie Klien und Pfeiffer die Unterſchlagung einen uneigentlichen Diebſtahl nennen, gehören nicht hierher, da ſie eben dadurch erklären, daß die Handlung kein (eigentlicher) teutſchrechtlicher Diebſtahl ſei.

207) So war es z. B. von jeher Praxis in Sachſen (für die ältere Zeit ſind hier namentlich die Consultationes Saxon., auch Carpzov zu vergleichen) und in Württemberg. Auch Böhmer und Quiſtorp geben zu, daß ſie die Praxis gegen ſich haben.

208) Darüber iſt wohl kein Streit, denn Abegg (Lehrb. S. 458) wird nicht haben diſſentiren wollen, wenn er, freilich höchſt ungenau, ſagt: der teutſchrechtliche Begriff beziehe ſich nur auf die Sachentwendung, wodurch der Dieb die Subſtanz ſelbſt, nicht blos Gebrauch oder Beſitz der eigenen Sache ſich zueignen will. Vgl. auch Klien, S. 318; Roßhirt, im neuen Archiv des Cr.-R., Bd. 3, S. 88—93; Feuerbach, Lehrbuch, §. 318 a. E. Unrichtig iſt aber, was Feuerbach §. 319, Note e, über Entwendung von Urkunden ſagt. S. unten bei Note 227 flg.

über ſie, behaupten, daß auch jetzt noch auf ſie die römiſchen Strafbeſtimmungen über Furtum anzuwenden ſind. Allein dieſem wird das entſchiedenſte Gewohnheitsrecht entgegenſtehen, und die Gerichte werden dieſe Fälle nur dann ſtrafen, wenn in ihnen eine Unterſchlagung (Note 38) oder ein wahrer Betrug (Note 39, 41) vorliegt.

3. Auch das furtum usus gehört nicht zum Diebſtahle. Schon der Umſtand, das die Carolina bei der Beſtrafung des einfachen Diebſtahls durchaus den Werth der geſtohlenen Sache an ſich, ihrer ganzen Subſtanz nach, zu Grunde legt, beweiſt, daß ſie von einer widerrechtlichen Aneignung der Sache ſelbſt, als zum Diebſtahle weſentlich ausgeht. Jener Anſicht iſt auch die entſchiedenſte teutſche Praxis und ſind eben ſo, meines Wiſſens, alle unſere Criminaliſten [209]) mit Ausnahme von Dollmann, welcher dann einen Diebſtahl annehmen will, wenn die Sache zum Zwecke des unerlaubten Gebrauchs aus fremder Detention entwendet wurde [210]).

In Ermangelung anderer Beſtimmungen, als deren des römiſchen Rechts, müßte daher über Beſtrafung des furtum usus daſſelbe gelten, was über die unter 2. angeführten Fälle eben geſagt wurde. Allein auch hier wird die teutſche Praxis ſich nicht ſtreng an das römiſche Recht halten. Die Privatſtrafen ſind hier beſtimmt durch Gewohnheitsrecht verworfen, und eine öffentliche Strafe, und zwar nur eine geringe polizeiliche Rüge, wird die Praxis hier in der Regel nur dann erkennen, wenn der Verletzte klagt [211]). Manche wollen die hierher gehörigen Fälle als Betrug ſtrafen; allein zum Betrug gehören ſie ganz entſchieden nicht, da ihnen weſentliche Erforderniſſe deſſelben abgehen; dies ſelbſt dann, wenn eine durch Vertrag anvertraute Sache mißbraucht worden wäre [212]).

4. Vom teutſchen Diebſtahl iſt ferner ausgeſchloſſen das furtum suae rei, und namentlich das darunter begriffene furtum possessionis. Denn daß die Carolina blos wiederrechtliche Zueignung fremder Sachen beim Diebſtahl im Auge hatte, dieſes beweiſt auch hier wieder ſchon der Umſtand, daß ſie der Strafe des einfachen Diebſtahls lediglich den Werth der geſtohlenen Sache ihrer Subſtanz nach zu Grunde legt [213]). Hiefür iſt auch die entſchiedenſte Praxis beinahe mit allen älteren und

---

209) Vgl. Klien, S. 179 flg.; Roßhirt a. a. O. S. 83. Nur ſind zum Theile die dafür angeführten Gründe unrichtig; z. B. der von Klien, daß das furtum usus eine erlaubterweiſe ergriffene Detention vorausſetze (ſ. oben Note 58).

210) Die Entwendung ꝛc. S. 74 flg., 97. Er ſagt: es gehöre zum Diebſtahl blos die Entziehung einer fremden Sache aus fremder Detention in gewinnſüchtiger Abſicht; aber welches Recht der Dieb an der Sache auszuüben beabſichtige, berückſichtige die Carolina nicht. — Zum Beweiſe iſt nichts dafür beigebracht; das im Texte Geſagte aber dürfte das Gegentheil beweiſen.

211) Vgl. auch Klien, S. 180, 181. Für einen Fall ſetzt die Carolina hier die Diebſtahlsſtrafen feſt (ſ. Note 204). Allein die Praxis wird, der Mehrzahl unſerer Criminaliſten folgend (mein Lehrbuch, Bd. 2, S. 397), dem Art. 170 dieſe Beziehung, freilich mit Unrecht, nicht mehr geben.

212) Mein Lehrbuch, Bd. 2, §. 178, Note 91.

213) Dollmann, S. 96 flg., führt dafür auch noch die Art. 207—214 der P. G.-O. an.

neueren Criminaliſten[214]), und nur ſehr Wenige ſind anderer Meinung[215]). Hiernach müßte bei den Fällen des furtum suae rei wieder lediglich das römiſche Recht zur Anwendung kommen[216]). Aber auch hier wird wohl entſchieden inſofern wieder vom römiſchen Rechte abgewichen, daß man das Vergehen nicht mehr als Privatdelict behandelt, ſondern eine arbiträre öffentliche Strafe erkennt, die jedoch weit gelinder ausgemeſſen wird, als die Diebſtahlsſtrafe.

Sind die unter 2. — 4. bemerkten Fälle des Furtum vom Diebſtahle ausgeſchloſſen: ſo folgt ſchon daraus, daß zum Diebſtahle die Zueignung einer fremden Sache, und zwar (ſ. Nr. 1.) durch Entziehung aus fremder Detention gehört, daß alſo durch den Diebſtahl der Beſitz, gleichviel ob der Eigenthümer oder ein Anderer die Sache inne hat, und zugleich Eigenthum (durch ſo zu ſagen factiſche Entziehung deſſelben), verletzt werden muß[217]).

5. Vom Diebſtahle iſt ferner ausgeſchloſſen der Raub. Dieſes ergibt ſich ſchon aus einer Vergleichung des Artikels 126 der P. G.-O. mit den vom Diebſtahle handelnden Artikeln, und es iſt dies wohl auch allgemein angenommen. Nur entſteht die Frage, durch welches Merkmal der Diebſtahl ſich vom Raub unterſcheidet. Cropp[218]) glaubt, durch das Merkmal der Heimlichkeit, wenigſtens nach dem Rechte vor der Ca-

---

214) Unter den Neueren namentlich Grolman (Grundſätze, §. 178, 181, 182), Erhard (l. c. p. 81), Klien (a. a. O. S. 231—241), Feuerbach (Lehrb. §. 314), Mittermaier (zu Feuerbach §. 315, Note 2), Heffter (Lehrb. §. 492, Note 3), Roßhirt, Bauer. Schwankend äußert ſich Abegg, Lehrb. S. 459, 460; ſ. aber Denſ. S. 458, wo er ſich nur nicht ſo allgemein auf Martin hätte berufen ſollen. S. Note 215.

215) Unter den Neueren, meines Wiſſens, blos Drei (denn Salchow gehört nicht mehr hierher, ſ. deſſen Lehrb. 3. Ausg., §. 335, 350), von denen aber zwei ſich dabei ſelbſt widerſprechen (nämlich Klien, Grundſ. §. 427, u. Tittmann, Handb. 2. Ausg., §. 404, vergl. mit §. 402 a. E.); der Dritte iſt (unter Berufung auf Salchow und Tittmann) Martin, Lehrb. §. 140, 141, Note 9. Der Grund aber, den Martin §. 140, Note 14, dafür anführt (weil beim f. poss. das Wegtragen aus fremdem Gewahrſam ebenfalls vorkommen kann), beweiſt, von Anderem abgeſehen, blos, daß dieſes Requiſit des Diebſtahls hier vorhanden wäre; allein aus dem im Texte Geſagten dürfte ſich ergeben, daß es hieran nicht genügt, ſondern noch ein weiteres, beim f. poss. nicht vorhandenes, angenommen werden muß.

216) Klien, S. 235; Heffter, Lehrb. 2. Ausg., §. 490, 509, und die von ihm angeführten älteren Criminaliſten. Entſchieden unrichtig iſt es, wenn Einige, wie Grolman (§. 178, Note a) und Böhmer (meditat. in C. C. C. ad art. 157, §. 4 a. E.), dieſe Fälle nur dann beſtrafen wollen, wenn ſie unter ein beſtimmtes anderes Verbrechen fallen. Manche werden allerdings nach den Grundſätzen vom Betruge zu behandeln ſein, um ſo mehr, als die Römer ſelbſt zwiſchen der Grenze von Betrug und Furtum ſchwankten; ſo z. B. der Fall der L. 20. pr. de furt. und der bei Klien S. 237 flg. angeführte. Allein viele Fälle des furt. rei suae würden unter die Kategorie anderer Verbrechen gar nicht zu bringen ſein. So iſt es namentlich auch unrichtig, wenn die Motive zum württemb. St.-G.-Buch ſagen, daß alle dieſe Fälle entweder unter Betrug oder Selbſthilfe fallen.

217) S. auch Klien, S. 278 flg.

218) A. a. O. S. 10 flg.

rolina, ſo daß derjenige, der ganz offen auftritt und eine Sache, wenn auch ohne alle Gewalt, entwendet, Räuber, nicht ein Dieb, geweſen ſei; denn im Dieb hätten ſich unſere Vorfahren nur den feigen und ſchleichenden, im Räuber den kühnen und verwegenen Mann gedacht. Keineswegs will aber Cropp dieſes auch für das ſpätere Recht annehmen, während Dollmann, S. 98, ſelbſt noch nach der Carolina jenes behauptet. Allein die Artikel 165 — 168, auf die er ſich beruft und die offenbar nur von dem ſprechen, wie ein Dieb gewöhnlich verfährt, beweiſen in der That nichts dafür, und dagegen iſt wohl entſchieden die Art und Weiſe, wie die Carolina den offenen Diebſtahl bezeichnet [219]); deshalb verwerfen auch meines Wiſſens alle übrigen neueren Criminaliſten, und ſchon die meiſten älteren [220]), dieſe Art der Unterſcheidung zwiſchen Raub und Diebſtahl, und ſetzen mit Recht den Unterſchied darein, daß beim Raub das Mittel der Ausführung der Entwendung perſönliche Gewalt iſt.

6. Endlich iſt der Diebſtahl nach teutſchem Rechte nicht ein Privatdelict, ſondern ein öffentliches Verbrechen [221]). Es iſt daher bei demſelben nach Artikel 178 der P. G.-O. auch der Verſuch in ſo weit zu ſtrafen, als er überhaupt bei öffentlichen Verbrechen durch jene Stelle für ſtrafbar erklärt wird, und in ſo weit fällt daher beim teutſchen Diebſtahle dasjenige weg, was nach dem oben bei Note 68, 73 — 76 Ausgeführten nach römiſchem Rechte beim Furtum wegen der Nichtzuläſſigkeit der Annahme eines Verſuches galt.

Hiernach iſt Diebſtahl die wiſſentlich widerrechtliche Zueignung einer fremden beweglichen Sache mittelſt eigenmächtiger Wegnahme derſelben aus fremdem Beſitze (im weiteren Sinne), ohne jedoch als Mittel der Entziehung Gewalt gegen Perſonen zu gebrauchen [222]).

Zum Thatbeſtand des Verbrechens gehört:

1) als Gegenſtand eine fremde, bewegliche Sache. Daß die Carolina nur an beweglichen Sachen einen Diebſtahl annimmt (vergl. auch Art. 157, 158) iſt allgemein zugeſtanden [223]). Daß die Sache eine fremde, d. h. im Eigenthum eines Dritten befindliche, ſein müſſe,

---

219) S. auch Dollmann ſelbſt S. 83. Selbſt das möchte noch ſehr die Frage ſein, ob Cropp's Anſicht auch nur für das vorcaroliniſche Recht entſchieden richtig iſt.

220) Zwar nimmt Erhard (de furti not. p. 81), wie auch manche Aeltere, die clandestinitas in den Begriff des Diebſtahls auf. Allein er gebraucht den Ausdruck nur als Gegenſatz zur vis ad eripiendam rem adhibita. Jedenfalls aber führt er bei wörtlicher Auslegung zu Unrichtigem und iſt daher zu vermeiden.

221) Müßte man auch nach der Carolina für den Fall des erſten, kleinen, nicht offenen Diebſtahls das Gegentheil behaupten, ſo iſt doch auch hier jedenfalls durch das entſchiedenſte Gewohnheitsrecht die Privatſtrafe aufgehoben.

222) Daß ſich dieſer enge Begriff vom Diebſtahle auch legislativ vollkommen rechtfertigt, darüber ſ. u. A. Erhard, de furti not. p. 144 sq. Die neueren teutſchen Geſetzgebungen, namentlich die württemb. und ſächſ., haben ihn auch ganz in dieſer Beſchränkung aufgeſtellt.

223) Ueber rechtswidrige Zueignung unbeweglicher Sachen ſ. Grolman, Grundſ. §. 206.

ergibt ſich daraus, weil das teutſche Recht die Fälle des römiſchen furtum suae rei nicht zum Diebſtahle zählt (oben Nr. 4.). An ſeiner eigenen Sache könnte daher Jemand nur einen Diebſtahlsverſuch begehen, wenn er ſie, in der Meinung, ſie ſei eine fremde, aus fremdem Beſitze entwendet, um ſie ſich zuzueignen [224]). Natürlich kann aber der Miteigenthümer an einer gemeinſchaftlichen Sache, wenn ſie im Beſitze eines Anderen iſt, in Beziehung auf den ihm nicht gehörigen Theil der Sache wohl einen Diebſtahl conſummiren [225]), ebenſo auch ein anderer dinglich Berechtigter, ein Nießbraucher, Pfandgläubiger ꝛc. So wenig an der eigenen Sache, eben ſo wenig kann an einer herrenloſen Sache ein Diebſtahl begangen werden [226]). Wäre eine ſolche in fremder Detention, ſo würde ein Diebſtahlsverſuch an ihr möglich ſein, wenn der Thäter ſie nicht für herrenlos hielte. Nur iſt eine herrenloſe Sache nicht zu verwechſeln mit einer ſolchen, deren Eigenthümer blos unbekannt iſt. Im Uebrigen iſt an einem beweglichen Gegenſtande jeder Art Diebſtahl möglich; auch an Urkunden aller Art, ſeien es Urkunden über Forderungsrechte oder andere; nur wird hier häufig ein Betrug concurriren [227]) und iſt der Werth der Urkunde bei der Beſtimmung des Betrags des Diebſtahls keineswegs ſo zu berechnen, wie ihn das römiſche Recht bei der Privatſtrafe des Furtum berechnet [228]). Eben ſo kann bei uns an Sachen, die zu einer Erbſchaft gehören, auch ehe dieſelbe der Erbe in Beſitz genommen hat, Diebſtahl begangen werden [229]), ingleichen an rebus sacris und an Theilen eines locus religiosus, z. B. wenn von einem, im Privateigenthum befindlichen, Grabgewölbe Blei, Eiſen ꝛc. weggenommen und entwendet wird [230]). Dagegen iſt kein Gegenſtand des Diebſtahls ein menſchlicher Leichnam, ſowie eine Sache, mit der er bekleidet, oder die ihm ins Grab mitgegeben iſt. Auffallender Weiſe behaupten Manche das Gegentheil [231]); allein ſolche Sachen ſind ja entſchieden in

---

224) Vgl. auch Anmerkungen zum bayer. Strafgeſetzbuche, Bd. 2, S. 98.

225) Klien, S. 274—277; auch L. 45. D. de furt. u. L. 45. D. pro socio. (47. 1.)

226) Klien, S. 272 flg.; Feuerbach, Lehrb. §. 315; Grolman, Grundſ. §. 182. And. Mein. iſt Martin, Lehrb. §. 141, Note 9, dem auch Heffter, Lehrb. §. 493, beiſtimmt. Heffter bezieht ſich auch auf Klien, S. 219. Allein Klien ſagt dort, und ebenſo auch S. 224 flg. und 272 flg., das Gegentheil.

227) Wenn Feuerbach, Lehrb. §. 319, Note e, die Entwendung von Urkunden, um ſich dadurch von einer Schuld zu befreien, eine Erbſchaft zu gewinnen ꝛc., ganz vom Diebſtahle ausſchließt, ſo iſt dieß unrichtig. Vgl. auch Heffter, Lehrb. §. 489, Note 3, 9; Roßhirt, Geſch. u. Syſtem, Bd. 2, S. 320; Hofacker, Jahrb. für württemb. Geſetzgebung, Bd. 2, S. 430 flg., und das dort angef. Präjudiz.

228) S. unten Note 256.

229) S. unten Note 339.

230) Die res sacra iſt nach unſeren Begriffen ein Eigenthum der Kirche, und ebenſo fallen auch bei uns die röm. Grundſätze über Ausſchließung des Eigenthums an einem locus religiosus weg.

231) Z. B. Quiſtorp, Grundſ. §. 373; Salchow, Verb. d. Entwendung, S. 152; Tittmann, Handb. §. 448; Roßhirt, Geſch. und Syſtem, Bd. 2, S. 319.

Niemandes Eigenthum, und es kann in Beziehung auf ſie nur ein Polizeiverbrechen, die sepulcri violatio, begangen werden[232]).

2) Widerrechtliche Zueignung der genannten Sache. Dieſes Requiſit ergibt ſich aus dem oben Ausgeführten über den Ausſchluß des furtum usus und possessionis vom Bereich des teutſchen Diebſtahls[233]). Wenn daher der Eigenthümer in die Zueignung der Sache wahrhaft einwilligt[234]), ſo iſt die Handlung kein Diebſtahl; dieß ſelbſt dann nicht, wenn ein Dritter die Sache beſitzt, und wider deſſen Willen widerrechtlicher Weiſe (aber mit Zuſtimmung des Eigenthümers) die Sache aus ſeinem Beſitz genommen wird; denn hier iſt dann nicht die Zueignung, ſondern blos die Beſitzergreifung eine widerrechtliche; das furtum possessionis aber gehört nicht zum Diebſtahle[235]).

3) Die Zueignung muß geſchehen mittelſt eigenmächtiger Entziehung der Sache aus fremder Detention (oben Nr. 1.). Gleichviel iſt es aber, ob der Eigenthümer die Sache beſitzt oder ein Dritter, und ob ſie einem bloßen Detentor oder einem Poſſeſſor im engeren Sinne genommen wird. Aus dem angegebenen Erforderniß ergibt ſich auch, daß kein Diebſtahl vorhanden iſt, wenn ein Dritter die Sache detinirt und wider Wiſſen und Willen des Eigenthümers in ihre Wegnahme einwilligt; in dieſem Falle iſt nur Unterſchlagung vorhanden, weil hier die Sache nicht eigenmächtig aus fremder Innhabung entzogen wurde[236]).

4) Das Mittel der Entziehung aus dem Beſitze darf nicht Gewalt gegen Perſonen ſein. Denn ſonſt iſt die Handlung Raub (ſ. oben Nr. 6.).

5) In ſubjectiver Hinſicht gehört zum Diebſtahl Dolus in Beziehung auf die angegebenen Erforderniſſe, d. h. alſo Ab-

---

232) Klien, S. 225—228.

233) Deßwegen können aber auch die Wenigen, welche das furtum possessionis noch zum teutſchen Diebſtahle zählen, nicht die Abſicht fordern, durch die Handlung erſt die Sache ſich zuzueignen, z. B. Martin, Lehrb. §. 142, Note 10—11 (nicht ganz damit übereinſtimmend iſt aber die Rubrik des angef. §. 142).

234) Wann eine ſolche Einwilligung nicht vorhanden ſei, hierüber ſ. oben bei Note 69 flg.

235) S. Klien, S. 279—286; Feuerbach, Lehrbuch §. 318; Anmerkungen zum bayer. Strafgeſetzbuche, Bd. 2, S. 101 flg. Nur iſt es unrichtig, wenn Feuerbach glaubt, daß in einem ſolchen Falle ſtets Betrug vorhanden ſei. Oben Nr. 4.

236) Klien, S. 279 flg. Damit ſtimmen auch die neueren teutſchen Geſetzgebungen, z. B. die württembergiſche und ſächſiſche, überein; nicht gehörig genau äußert ſich hierüber Heffter, Lehrbuch §. 492, und Mittermaier zu Feuerbach §. 314, Note 5, u. §. 318 in der Note. Was Martin, Lehrbuch §. 144, bei Note 11 u. 12 ſagt, dürfte nicht ganz mit ſeinen Grundſätzen über Ausſchluß der Unterſchlagung vom Diebſtahle übereinſtimmen, wenn man unter der dort erwähnten Strafbarkeit die als Dieb zu verſtehen hat. Das römiſche Recht kann natürlich hier nicht entſcheiden. — Im Begriffe des Diebſtahls dieſe Conſequenz auszudrücken (wider Willen des Eigenthümers und Inhabers), wie es häufig geſchieht, iſt nicht nöthig; denn ſie ergibt ſich von ſelbſt, ſobald im Begriff geſagt iſt, daß die Zueignung und Entziehung aus fremder Detention widerrechtlich und eigenmächtig ſein müſſe.

ſicht, die Sache durch Entziehen aus fremder Detention ſich zuzueignen, und wiſſen (oder zum Zweck des Verſuches wenigſtens glauben), daß die Sache eine fremde, und die Ergreifung und Zueignung derſelben wider Willen des Berechtigten ſei. In Beziehung auf den ſubjectiven Thatbeſtand nämlich gilt durchaus, was das römiſche Recht über den ſubjectiven Thatbeſtand des Furtum feſtſetzt [237]), nur angewendet auf den beſchränkteren Umfang des teutſchen Diebſtahls [238]). Aber eben darum iſt es nicht nöthig, den animus lucri faciendi noch beſonders auszudrücken, wie es die meiſten unſerer Criminaliſten auf eine Weiſe thun, die zu Mißverſtändniſſen führen muß. Da nämlich zum Diebſtahle weſentlich die widerrechtliche Zueignung gehört, und das furtum usus und possessionis von ihm ausgeſchloſſen ſind, ſo drückt das Requiſit, „wiſſentlich widerrechtliche Zueignung" oder „dolus in dieſer Hinſicht," für den Fall des teutſchen Diebſtahls das vollkommen aus, was die Römer durch ihren animus lucri faciendi bezeichnen wollten. Denn ſie wollten dadurch beim furtum ipsius rei doch nichts Anderes ausdrücken, als die widerrechtliche Abſicht der Zueignung, im Gegenſatze zu der Abſicht der bloßen Kränkung, des Verderbens, Zerſtörens ꝛc., und ſie hätten die Bezeichnung animus lucri faciendi gar nicht nöthig gehabt und ſich ihrer wohl auch nicht bedient, wenn derjenige Fall des Furtum, der allein zum teutſchen Diebſtahle gehört, auch allein zu ihrem Furtum gehört haben würde [239]). Durch jene Bezeichnung wird auch ganz zweifellos, unzweideutig und einfach angedeutet, daß durch die Abſicht, die Sache gleich hinterher zu verſchenken, oder ſie gleich zu verzehren und zu naſchen, ohne ſich am Vermögen etwas zu erſparen, oder eine bloße Liebhaberei zu befriedigen, keineswegs der Begriff des Diebſtahls ausgeſchloſſen werde [240]), ſowie durch ſie auch der von Klien, S. 299 und 333, angeführte Fall und der der Selbſthilfe hinlänglich ausgeſchloſſen wird, da bei der Selbſthilfe der Handelnde ſich nicht durch die Handlung die Sache erſt widerrechtlich zueignen will [241]).

Dagegen gehen die Ausdrücke, mit welchen Viele den ſubjectiven Thatbeſtand theilweiſe bezeichnen, wie Habſucht oder Gewinnſucht oder gewinnſüchtige Abſicht (z. B. Klien, Martin und Feuerbach), oder

---

237) Darüber iſt meines Wiſſens kein Streit. Es gilt daher auch in Beziehung auf Rechtsirrthum das oben bei Note 78 Geſagte. S. auch Heffter a. a. O. §. 496.

238) Deßwegen muß dolus nicht blos in Beziehung auf die widerrechtliche Zueignung der Sache, ſondern auch in Beziehung auf die widerrechtliche Ergreifung der Detention vorhanden ſein. Hält daher z. B. Jemand eine Sache für verloren, die es nicht iſt, z. B. eine Uhr, welche der Beſitzer eines Gartens in demſelben liegen läßt, und nimmt ſie an ſich und eignet ſie ſich ſpäter zu, ſo iſt hier kein teutſcher Diebſtahl, ſondern Unterſchlagung vorhanden.

239) Oerſted, Grundregeln der Strafgeſetzgebung, S. 367—369. Klien, S. 305.

240) S. oben Note 87, 88. Hiermit ſind auch, außer einigen Aelteren, die den animus lucri faciendi zu buchſtäblich nahmen, und deßhalb die Quellen mißverſtanden, unſere Criminaliſten einverſtanden. S. beſ. Klien, S. 304, 308, 309, 324, 339 flg.; Feuerbach, §. 319; Grolman, §. 181.

241) S. auch Anmerkungen zum bayer. Strafgeſetzbuche, Bd. 2, S. 103, 104; Heffter, Lehrbuch §. 496, Note 2.

die Abſicht unmittelbar durch den Gebrauchs- oder Tauſchwerth der Sache ſein Vermögen zu vergrößern (ebenfalls Feuerbach), oder Abſicht eines Gewinnes (z. B. Kleinſchrot), den Worten nach zu weit, und laſſen auf alle Fälle leicht irrige Deutungen zu [242]). Der Vorſatz übrigens, ſeiner Zeit das Entwendete zu erſetzen, hebt das Daſein des vollendeten Diebſtahls eben ſo wenig auf, als ein auf irgend eine Weiſe ſpäter wirklich geſchehener Erſatz [243]).

Ueber die Frage, was zur Vollendung des Diebſtahls in objectiver Hinſicht gehöre, war früher viel Streit.

In der neueren Zeit aber iſt man über das Princip beinahe durchaus einig geworden. Es gab über daſſelbe vier verſchiedene Anſichten: einige Aeltere meinten, der Diebſtahl ſei vollendet, ſobald der Thäter die Sache berührt habe (ſogenannte Contrectationstheorie). Dieſe Anſicht ſtützt ſich aber auf eine offenbar falſche Auslegung des Wortes contrectatio und iſt ſchon längſt einſtimmig verworfen [244]). Andere gingen von der entgegengeſetzten Seite zu weit und behaupteten, der Diebſtahl ſei erſt dann conſummirt, wenn der Dieb die Sache vom Ort des Diebſtahls weggebracht und in ſeinen Gewahrſam, d. h. nicht Beſitz, ſondern Aufbewahrungsort gebracht habe (ſogenannte Ablationstheorie). Dieſe Anſicht wurde beſonders von den älteren ſächſiſchen Criminaliſten vertheidigt, namentlich von Carpzov, Karl Ferd. Hommel, Püttmann u. A. Sie ſtützten ſich dabei auf römiſches Recht und auf die Artikel 157 und 167 der P. G.-O. Allein auch ſie iſt offenbar unbegründet ſowohl nach römiſchem Rechte (ſ. oben Note 64, 65), als nach der Carolina, die ja gerade im Art. 157 bei Ergreifung des Diebes, ehe er in ſeinen Gewahrſam kommt, einen vollendeten Diebſtahl annimmt. Es wurde auch dieſe Anſicht namentlich von neueren ſächſiſchen Criminaliſten ſo gut widerlegt [245]), daß ſie meines Wiſſens in den letzten funfzig Jahren in der Theorie keinen weiteren Anhänger gewann. Dagegen ging ſie in die Praxis vieler ſächſiſchen Gerichte über, ſo daß daher dieſe den offenen Diebſtahl, bei welchem der Dieb ergriffen wurde, ehe er die geſtohlene Sache an den Ort, wo er ſie zunächſt bergen wollte, gebracht hatte, als einen blos verſuchten Diebſtahl be-

---

242) Auch die Art, wie Mittermaier zu Feuerbach in §. 314, Note 5, und §. 319, Note 3, den ſubjectiven Thatbeſtand feſtſetzt, iſt viel zu weit; er bezeichnet ihn durch: „Abſicht um auf eine nur dem Eigenthümer zuſtehende Weiſe über die Subſtanz der Sache zu verfügen.“ Dadurch iſt namentlich der Fall nicht ausgeſchloſſen, wenn Jemand eine Sache wegnimmt, um ſie dem Eigenthümer zu vernichten (vergl. Krug, Studien, 2. Abth., S. 85), während, wenn man den Thatbeſtand durch die Abſicht, die Sache ſich zuzueignen, bezeichnet, der Fall der Vernichtung, wie ſich gebührt, ſelbſt dann ausgeſchloſſen iſt, wenn der Thäter dem Eigenthümer die Sache wegnimmt, ſie wegträgt und ſie nun erſt vernichtet, falls er nur keine andere Abſicht hatte, als gerade eben ſie zu vernichten. Unrichtig iſt deßhalb, was über dieſen Punkt in der ſächſiſchen Kammer geſagt wurde, ſ. Krug a. a. O.

243) Klien, S. 313 flg., 335 flg.

244) Klien, S. 260. Mein Lehrbuch Bd. 2, S. 286.

245) Klien, S. 261—267. Jo. Ludv. Guil. Beck, D. de vera furti consummati not. (Lips. 1809, 4.) p. 31 sq.

ſtraften! Dieſer Praxis iſt nun aber durch die ſächſiſche Strafgeſetzgebung ein Ende gemacht worden, indem dieſe mit Recht die unten angeführte Beſitzergreifungstheorie feſtſetzt. Eine Mitteltheorie zwiſchen den beiden eben angeführten vertheidigen einige wenige andere Criminaliſten. Sie behaupten, ein Bringen der Sache an den Aufbewahrungsort des Diebes ſei zur Vollendung des Diebſtahls nicht nöthig, wohl aber ein Wegtragen derſelben vom Orte des Diebſtahls und aus dem Gewahrſam (Haus, Garten ꝛc. nicht blos aus der Detention) des Beſtohlenen. Dieſer Anſicht ſind namentlich Erhard (de furti notione, p. 84 sq.), und Tittmann (Handbuch, §. 406). Tittmann ſtützt ſich auf das römiſche Recht und deſſen Grundſätze über Beſitzerwerb und Beſitzverluſt. Allein das römiſche Recht iſt entſchieden gegen ihn (oben Note 64, 65), und die civiliſtiſchen Beſitzgrundſätze mißverſteht er auf eine ganz unbegreifliche Weiſe [246]). Erhard ſtützt ſich auf Sachſenſpiegel Buch 2, Art. 29, wonach das Geſtohlene aus der Gewere gebracht worden ſein müſſe, und auf P. G.-O. Art. 168. Allein daß zur Vollendung des Diebſtahls die Sache aus dem Gewahrſam in jenem engeren Sinne herausgebracht worden ſein müſſe, ſagt jene Stelle des Sachſenſpiegels nicht (oben Note 200); eben ſo wenig fordert die Carolina etwas der Art, und dem Wörtchen „hinwegführt" im Art. 168 kann man um ſo weniger eine ſolche Bedeutung geben, als man ſich dagegen ſchon auf den Art. 165 und auf die vom offenen Diebſtahle ſprechenden Stellen berufen kann [247]). Von den Neueren iſt auch dieſe Theorie, ſo viel ich weiß, einſtimmig verworfen [248]). Im Gegenſatze zu dieſer Anſicht ſind die Meiſten, beſonders die Neueren [249]), dafür, daß zur Vollendung des Diebſtahls nichts weiter erforderlich ſei, als wirkliche Beſitzergreifung der Sache von Seiten des Diebes, ganz nach den civiliſtiſchen Grundſätzen über Beſitzerwerb (ſogen. Apprehenſions- oder Ergreifungstheorie). Dieſe Anſicht iſt auch entſchieden die richtige (für ſie ſprechen ſich auch die neueren Geſetz-

---

246) Mein Lehrbuch Bd. 2, S. 287.

247) Klien, S. 252, 266 flg.

248) Auf den erſten Anblick ſcheint Dollmann, S. 98, 99, ſie zu theilen. Allein er ſagt am Ende blos: „Der Act des Hinwegtragens muß begonnen haben, und wer im Momente des Contrectirens ſelbſt ergriffen wird, hat den Diebſtahl erſt verſucht." Seine Anſicht iſt alſo eine beſondere, zwiſchen der Beſitzergreifungstheorie und der von Erhard und Tittmann in der Mitte ſtehende. Er ſucht ſie durch die Worte: hinwegträgt und hinwegführt in Art. 167, 168, der P. G.-O. zu begründen. Allein dagegen kann man wieder ſchon das bloße Nehmen in Art. 165 anführen; wollte man aber jene Worte ganz wörtlich und als Requiſit des conſummirten Diebſtahls nehmen, ſo würden ſie ja weiter führen, als Dollmann ſelbſt will. Einer ähnlichen Anſicht, wie Dollmann, iſt v. Zirkler, in Sarwey's Monatsſchrift für württemberg. Juſtizpflege, Bd. 3, S. 1 flg., auf den Grund des röm. Rechtes und der gemeinrechtlichen Begriffe über Beſitzerwerb und Verluſt. Daß aber vollends auf dieſer Grundlage eine ſolche Anſicht ganz unrichtig iſt, ſuchte ich zu zeigen im neuen Archiv des Crim.-R. 1840, Heft 2.

249) Wenn man Dollmann ausnimmt (Zirkler vertheidigt ebenfalls die Beſitzergreifungstheorie, nur wendet er ſie nicht richtig an), wohl alle jetzt lebenden Schriftſteller, welche dieſe Frage berührten.

gebungen, namentlich die württembergiſche und ſächſiſche aus). Denn durch eine ſolche Ergreifung iſt die völlige Entziehung der Sache vollbracht und das römiſche Recht fordert zur Vollendung des Falles des furtum ipsius rei, welcher den teutſchen Diebſtahl bildet, nichts weiter, als eine ſolche Beſitzergreifung (oben bei Note 64 und 65), und daß hier nach römiſchem Rechte zu entſcheiden iſt, ergibt ſich ſchon aus dem in Note 203 Geſagten. Hat man dieſe Theorie zu Grunde zu legen, ſo iſt daher der Diebſtahl vollendet, ſobald der Dieb die willkürliche Einwirkung des bisherigen Beſitzers auf die Sache durch eine poſitive Handlung ausgeſchloſſen und die Sache in der Abſicht, ſie ſich zuzueignen, ergriffen und in ſeine Gewalt gebracht hat[250]). Hieraus folgt:

a) Bloße Vorbereitungen zum Ergreifen der Sache, z. B. Aufbrechen eines Kaſtens, um aus demſelben etwas zu ſtehlen, genügen zur Vollendung des Diebſtahls ſo wenig, als bloße Vorbereitungen zum Wegbringen, wenn der Dieb die Sache ſelbſt noch nicht ergriffen[251]).

b) Hat der Dieb die Sache wirklich ergriffen in der Abſicht, ſie ſich zuzueignen, ſo iſt der Diebſtahl vollendet, ſollte er auch ſpäter ſeinen Entſchluß ändern und die Sache wieder wegwerfen, oder ſollte er auch an der Stelle des verübten Diebſtahls, z. B. im Zimmer, im Hauſe des Beſtohlenen, ſich mit der Sache noch befinden und daſelbſt ertappt werden.

c) Eben ſo wenig iſt nöthig, daß der Dieb bereits im Begriff war, die Sache hinweg zu tragen (ſ. Note 248), oder daß er bereits den ganzen Act, den er beabſichtigte, vollendet habe. Erbricht daher Jemand einen Kleiderſchrank, deſſen ganzen Inhalt er ſtehlen will, und hat bereits einige Stücke herausgenommen und zum Hinwegtragen hingelegt oder zuſammengebunden, und wird nun, während er die übrigen Kleider noch ergreifen und dazu legen will, überraſcht: ſo iſt in Beziehung auf die hinweggelegten Kleider der Diebſtahl vollendet, ſollte er auch an ihrem Hinwegtragen verhindert werden; das Gleiche iſt der Fall, wenn Jemand die Frucht eines Feldes ſtehlen will, und er bereits einen Theil deſſelben geſchnitten und zum Hinwegtragen auf dem Felde hinge-

---

250) Da mit dem Ergreifen einer beweglichen Sache, um ſie in unſere Gewalt zu bringen, ſtets bis auf einen gewiſſen Grad ein Wegnehmen derſelben, ein Bringen von ihrer Stelle verbunden iſt, ſo kann man auch ſagen: zur Vollendung des Diebſtahls gehöre, daß der Thäter die Sache von ihrer Stelle hinweg und an ſich genommen habe. In dieſem Sinne ſprechen z. B. die röm. Quellen von loco movere.

251) Das bloße Ergreifen reicht aber auch nicht hin; der Ergreifende muß die Abſicht haben, die ergriffenen Sachen ſich zuzueignen. L. 22. §. 1. D. de furt. Erbricht daher Jemand einen Kleiderſchrank, um einige von den Kleidern zu ſtehlen, und nimmt er zu dieſem Zwecke alle Kleider aus dem Schranke, wirft ſie auf den Boden, um erſt die Auswahl der Sachen, die er behalten will, zu treffen, ſo iſt, wenn er in dieſem Augenblicke ertappt wird, der Diebſtahl noch nicht conſummirt. Denn hier hatte er noch bei keinem der ergriffenen Kleidungsſtücke wirklich die Abſicht gehabt, es zu behalten.

legt hat, und er nun ergriffen oder ſonſt durch irgend etwas beſtimmt wird, das Hingelegte im Stiche zu laſſen[252]).

Für die Strafe des Diebſtahls ſind nach gemeinem Rechte folgende Eintheilungen deſſelben von Wichtigkeit:

1) Einfacher oder gemeiner und geſetzlich ausgezeichneter Diebſtahl. Geſetzlich ausgezeichnet ſind diejenigen Diebſtähle, welche die Geſetze ausdrücklich mit einer Strafe zu beſtrafen vorſchreiben, die höher (qualificirte Diebſtähle), oder die gelinder iſt (privilegirte Diebſtähle), als die regelmäßige Strafe der Diebſtähle. Diejenigen Diebſtähle dagegen, bei welchen es in Beziehung auf die Beſtrafung bei der Regel bleibt, ſind einfache oder gemeine[253]).

2) Großer und kleiner Diebſtahl. Schon das ältere teutſche Recht ſtuft die Strafe des Diebſtahls hauptſächlich nach der Größe des Betrages der geſtohlenen Sache ab, und zwar beſonders je nachdem der Werth des Geſtohlenen fünf Solidi und mehr, oder je nachdem er weniger beträgt[254]). Dieſe Unterſcheidung behält auch die P. G.-O., Art. 160 u. 157, bei. Nach ihr iſt großer Diebſtahl derjenige, deſſen Werth fünf Gülden oder mehr beträgt, kleiner derjenige, deſſen Werth dieſe Summe nicht erreicht. Hierbei iſt noch zu bemerken:

a) Was die Carolina unter Gülden verſteht, iſt zweifelhaft. Die Praxis hat ſich aber ſeit längerer Zeit aufs Entſchiedenſte dafür ausgeſprochen, daß unter fünf Gülden der Werth von fünf ungariſchen Ducaten zu verſtehen ſei. Hierbei rechnen manche Gerichte noch das ſchwankende Agio hinzu, andere nicht[255]). Die offenbar irrige Anſicht einiger

---

252) Näheres hierüber in meiner Abhandlung über Conſummation des Diebſtahls im neuen Archiv des Cr.-R. 1840, H. 2.

253) Dieſe Eintheilung wird in ſehr verſchiedenem Sinne genommen; vergl. z. B. Klien, S. 363; Tittmann, Handb. §. 417. Keinen Zweifel möchte es aber doch leiden, daß, wenn man die Verbrechen überhaupt in geſetzlich ausgezeichnete (und dieſe in qualificirte und, freilich nicht paſſend, ſogen. privilegirte) und einfache eintheilt, und man dieſe Eintheilung auf ein einzelnes Verbrechen (wie Diebſtahl, Mord ꝛc.) anwendet, man ſie dann doch conſequenter Weiſe in demſelben Sinne auf das einzelne Verbrechen anwenden muß, in welchem Sinne man ſie bei dem Verbrechen überhaupt aufſtellte. Hiergegen fehlen aber Manche auf eine unbegreifliche Weiſe, ſo namentlich Feuerbach, Lehrbuch §. 323, vergl. mit §. 26 eod. Auch manche Gerichte haben oder hatten hier einen eigenen Sprachgebrauch. So nannte die württemb. Praxis qualificirt blos die ſogen. gefährlichen Diebſtähle, alſo blos einige Fälle der geſetzlich ausgezeichneten und zwar qualificirten Diebſtähle (ebenſo die meiſten älteren Criminaliſten und die ſächſiſchen Gerichte), und bezeichnete durch „Diebſtähle unter erſchwerenden Umſtänden“ oder „ausgezeichnete Diebſtähle“ ſolche (geſetzlich nicht qualificirte) Diebſtähle, bei welchen beſondere Straferhöhungsgründe (z. B. unten Note 299, 300) vorliegen, weßhalb die gewöhnliche Strafe des einfachen Diebſtahls bei ihnen etwas zu ſteigern iſt.

254) Vergl. den ſogen. erſten Landfrieden Friedrich's I. §. 21 (neue Samml. der Reichsabſchiede Th. 1, S. 9); Sachſenſp. B. II. Art. 13. 28. 29; Schwabenſp. CXVI. 2. 3., und Cropp a. a. O. S. 313 flg., 326 flg.

255) So nahm z. B. die württemb. Praxis bis zur Erlaſſung des neuen Strafgeſetzbuches ſtets 27½ Gulden für den geringſten Betrag des großen Diebſtahls.

Aelteren, daß zum großen Diebſtahle ſtets ein Werth von mehr als fünf Gulden erfordert werde, verwirft ſchon längſt Doctrin und Praxis.

b) Bei der Frage, ob der Diebſtahl ein großer ſei, darf man nicht den geſammten Schaden, den der Beſtohlene durch die Handlung des Diebes erlitt, zu Grunde legen, ſondern blos den *gemeinen wahren* Werth der *geſtohlenen* Sache, den ſie zur Zeit des Diebſtahls hatte, und zwar, wenn ſie durch Trennung von einer anderen Sache geſtohlen wurde, den, den ſie *nach* ihrer Trennung hatte. Wenn daher z. B. Jemand einen tragbaren Baum, der als ſolcher zehn Ducaten werth iſt, abhaut, um das Holz zu ſtehlen, und das abgehauene Holz iſt blos zwei Ducaten werth, ſo hat er nur einen kleinen Diebſtahl begangen. Dieß ergibt ſich ſchon daraus, daß die Carolina den beſonderen Schaden, welchen der Beſtohlene durch den Diebſtahl erlitt, ſein Intereſſe überhaupt blos bei der näheren Feſtſetzung der Strafe des *großen* Diebſtahls, d. h. alſo des — abgeſehen von jenem beſonderen Schaden — ſchon *an ſich als groß* erwieſenen Diebſtahls, zu berückſichtigen vorſchreibt[256].

c) Wenn der Dieb den Werth der Sache nicht kannte, und derſelbe weit höher iſt, als er ſich ihn dachte, ſo iſt doch der höhere Werth als geſtohlen anzunehmen, ſobald er, was gewöhnlich der Fall ſein wird, die Abſicht hatte, die Sache jedenfalls zu ſtehlen, ſollte ſie auch mehr werth ſein (dolus indeterminatus). Nur wenn er ganz gewiß die Sache nicht geſtohlen hätte, falls ihm der höhere Werth bekannt geweſen wäre, kann man bei der Entſcheidung, ob ein großer Diebſtahl vorhanden ſei, blos den geringeren Werth, den er ſtehlen wollte, zu Grunde legen[257].

d) Stehlen Mehrere mit einander, ſo iſt Jedem der volle Betrag des gemeinſchaftlichen Diebſtahls anzurechnen. Die teutſche Praxis hat hier aber meiſt den Grundſatz, die Summe des Geſtohlenen unter die einzelnen Miturheber in der Regel nach Köpfen[258] zu theilen und die Einzelnen nur dann eines großen Diebſtahls für ſchuldig zu erklären, wenn der ihn treffende Antheil für ſich fünf Ducaten beträgt. Dieſer auffallende Grundſatz widerſpricht aber aufs Entſchiedenſte den bei der Mitur-

256) Art. 157, 160, und beſonders *Konopak*, im älteren Archiv des Cr.-R., Bd. 5, St. 2, S. 138 flg., 145 flg. Hieraus ergibt ſich auch, daß beim Diebſtahle von *Urkunden*, wenn es ſich um die Frage handelt, ob der Diebſtahl ein großer ſei, der Tauſchwerth der Urkunde an ſich zu Grunde zu legen iſt, alſo bei Schuldurkunden, wenn ſie nicht au porteur geſtellt ſind (denn in dieſem Falle beträgt ihr Werth, wie beim Papiergelde, den Betrag der ausgedruckten Summe), und bei Quittungen nicht der Betrag der Schuld. S. die in Note 227 angef. Stellen. Allerdings kommt aber dieſer Betrag, und überhaupt das individuelle Intereſſe des Beſtohlenen in Betracht, bei der Ausmeſſung der Strafe des, abgeſehen von dieſem Betrage, als groß oder klein ermittelten Diebſtahls.

257) *Klien*, S. 319, 333 flg.

258) Dieſe Praxis ging auch in einzelne ältere Particulargeſetze über, z. B. in Sachſen, constitut. electoral. IV. 32. und Reſcript v. 14. Dec. 1730 (in Jul. *Weiske*'s ſächſ. Strafgeſ., S. 70). Manche Gerichte ſahen zunächſt auf die Theilung, welche die Diebe unter ſich machten, und erſt, wenn keine ſolche vorfiel, auf die Kopfzahl. *Hofacker*, Jahrb. der württemb. Geſetzgebung, Bd. 1, S. 109 flg.

heberſchaft geltenden allgemeinen Grundſätzen, wie ſie die Praxis ſelbſt bei anderen Verbrechen anerkennt, und einzelnen Ausſprüchen der Quellen [259]), und er iſt deßhalb auch von der neueren Doctrin allgemein verworfen, und ebenſo von den neueſten Legislationen, z. B. der württembergiſchen und ſächſiſchen [260]).

3) Oeffentlicher oder offener und heimlicher Diebſtahl. Die Carolina hatte bei dieſer Eintheilung entſchieden blos das römiſche Recht im Auge, nicht auch, wie Manche, z. B. Hepp, Verſuche, S. 124, 131 flg., oder gar nicht allein, wie Andere glauben, das teutſche Recht über handhafte That. Der Begriff der handhaften That ging namentlich beim Diebſtahle viel weiter, und die Unterſcheidung hatte blos prozeſſualiſche Beziehung. Die Carolina, Art. 158 — 161, beſchreibt den offenen Diebſtahl durch: wenn der Dieb, ehe er mit der geſtohlenen Sache in ſeinen Gewahrſam kommt, betreten wird, oder ein Geſchrei oder Nacheile macht. Sie unterſcheidet hier alſo zwei Fälle, wenn der Dieb a) wirklich ergriffen wird, ehe er die Sache in ſeinen Bergungsort brachte, oder wenigſtens b) mit Geſchrei und auf eine Zuſammenlauf erregende Weiſe verfolgt wird. Somit folgt ſie hierin ganz dem römiſchen Rechte [261]), und es galt daher nach der Carolina über offenen Diebſtahl ganz, was oben über **furtum manifestum** geſagt wurde. Ueber die Frage, warum die Carolina dieſe Unterſcheidung mache und den offenen Diebſtahl auszeichne, ſind die Anſichten eben ſo verſchieden, wie über die gleiche Frage in Beziehung auf das römiſche Recht. Es iſt dieſes zu bewundern, denn die Carolina beantwortet dieſe Frage ausdrücklich. Sie ſagt: daß wegen des großen Aufſehens und Aergerniſſes, welches der offene Diebſtahl mache, derſelbe härter zu beſtrafen ſei [262]). Uebrigens verwirft man beinahe durchaus in Teutſchland ſchon ſeit längerer Zeit die härtere Beſtrafung des offenen Diebſtahls und beachtet ſomit dieſen Unterſchied nicht mehr [263]), und wenn Martin, Lehrbuch §. 150, ſagt, daß die geſetzwidrige Praxis, die dieſen Unterſchied gar nicht beachte, unerheblich ſei, ſo hat ſie ſich bis jetzt wenigſtens auf das Entſchiedenſte im Rechtſprechen geltend gemacht.

---

259) **L. 21. §. 9. D. de furt.**

260) Ueber die Frage, ob bei concurrirenden mehreren Diebſtählen ihr Betrag zuſammenzurechnen iſt, ſ. unten noch Note 282.

261) Denn auch der Fall unter b gehörte zum **furtum manifestum** (vergl. die oben Note 89 angef. Stellen), und es iſt daher unrichtig, wenn Manche, wie Klien (S. 349), Martin (§. 150), Hepp (Verſuche, S. 126), Abegg (im neuen Archiv, Bd. 14, S. 432) glauben, daß die P. G.-O. hier weiter gehe, als das röm. Recht. S. auch v. Schirach, über das **furt. man. etc.**, im neuen Archiv, Bd. 10, S. 36—46.

262) „Und beſchwerd ja die gemelt auffrur vnd berüchtigung die That." Art. 158. Klien a. a. O.

263) Schon vom 17. Jahrhundert an. Daß er in der neueren Zeit in einem Gerichte angewendet worden ſei, bezeugt Abegg, a. a. O. S. 431, aus Acten, ohne jedoch das Gericht näher zu bezeichnen. Die württemb. Praxis hat dieſe Rückſicht längſt verworfen, und in den Ländern des gemeinen Rechtes wird es wohl beinahe durchgängig ſo ſein. Nach der ſächſiſchen Praxis wurde der offene Diebſtahl ſogar gelinder geſtraft, weil ſie hier nur einen Verſuch des Diebſtahls annahm.

Auch die neueſten teutſchen Legislationen folgten hierin dieſer Praxis und nicht der Carolina.

Was die Beſtrafung des einfachen Diebſtahls betrifft, ſo beſtimmt in dieſer Hinſicht die P. G.-O., Art. 157, 158, 160, Folgendes.

Beim kleinen heimlichen Diebſtahle ſoll der Thäter dem Beſchädigten das „Zwieſpil" bezahlen, und wenn er dazu unvermögend ſei, einige Zeit lang in den Kerker geſetzt werden.

Ueber die Auslegung dieſer Beſtimmung des Art. 157 iſt viel Streit. Manche verſtehen unter dem Zwieſpil nur ein simplum als Strafe, alſo das duplum mit Einſchluß der Sache ſelbſt[264]. Allein dieſes läßt ſich aus der Stelle nicht entnehmen, und dagegen ſpricht ſchon der Umſtand, daß beim offenen Diebſtahle die Carolina offenbar das römiſche quadruplum im Auge hat, und ſomit aller Wahrſcheinlichkeit nach auch hier das römiſche duplum, alſo die reine Privatſtrafe. Wiederum ſoll nach der Anſicht Vieler neben der Privatſtrafe noch eine Buße an den Richter bezahlt werden. Die Bambergenſis beſtimmt dieß, allein in der Carolina iſt es weggelaſſen; nur ſteht am Schluſſe des Artikels eine damit nicht harmonirende Stelle aus der Bambergenſis, nach welcher der Beſchädigte mit der Privatſtrafe der Geldbuße der Obrigkeit vorgehen ſoll, und hier könnte man allerdings ſtreiten, ob jene Hinweglaſſung, oder ob vielmehr die Aufnahme der letzteren Stelle unabſichtlich war und aus bloßem Verſehen geſchah; und wirklich nehmen Viele das Erſtere an[265]. Allein daß das Letztere richtig iſt und die Hinweglaſſung abſichtlich war, die Carolina alſo eine öffentliche Strafe nicht wollte, ergibt ſich beſonders aus den Aenderungen, die ſie im folgenden Artikel in gleicher Weiſe in der Beſtimmung der Bambergenſis traf[266].

War der kleine Diebſtahl ein offener, ſo ſoll er mit Pranger, Staupenſchlag und Landesverweiſung beſtraft werden; nur wenn der Dieb eine ſolche anſehnliche Perſon ſei, bei welcher Beſſerung zu hoffen, könne dieſer Strafe mit Verwilligung der höheren Staatsgewalt[267] eine bürgerliche Strafe, Zahlung des Vierfachen an den Beſchädigten, ſubſtituirt werden (Art. 158).

Beim großen Diebſtahl ſoll eine Strafe an Leib oder Leben eintreten, und der Richter hierbei Rückſicht nehmen a) auf den Werth des Diebſtahls, d. h. auf den Betrag des großen Diebſtahls an ſich, ob er den geringſten Betrag eines großen Diebſtahls oder mehr und wie viel

---

264) Z. B. Hefter, Lehrb. §. 498, Note 1.

265) Unter den Neueren z. B. Feuerbach, Lehrb. §. 329, und Mittermaier, zu Feuerbach, §. 329, Note. Heffter a. a. O.

266) Und auch aus den Aenderungen, die ſie noch ſonſt im Art. 157 an den Beſtimmungen der Bambergenſis traf, welche neben der öffentlichen Geldſtrafe ſogar noch Gefängnißſtrafe und Landesverweiſung feſtſetzt (woraus ſich auch der Schluß des überhaupt nachläſſig redigirten Artikels und die Urphede in demſelben erklärt). S. auch Herm. Jul. Kittler, corp. iur. crim. p. 211; Roßhirt, Lehrb. §. 172.

267) Walch, Glossarium, voc. Oberkeyt.

mehr beträgt[268]); b) wie ſchädlich dem Beſchädigten der Diebſtahl ſein möge, d. h. welchen Schaden außer der Entziehung des objectiven Werthes der Sache der Beſchädigte durch den Diebſtahl ſonſt noch erlitt, alſo ſein ganzes übriges Intereſſe, lucrum cessans etc.; beſtritten iſt, ob darunter auch die Rückſicht auf die größere oder geringere Empfindlichkeit enthalten ſein ſoll, die der Diebſtahl für den Beſtohlenen, z. B. wegen Armuth hat[269]); c) der Stand und das Weſen der Perſon[270]), und endlich d) ob der Diebſtahl ein offener oder ein heimlicher war[271]). Aus der Faſſung der Carolina ergibt ſich, daß ſie auf das erſte und das zuletzt angeführte Moment das meiſte Gewicht legt; ferner folgt aus der Rückſicht, die auf den beſonderen Schaden des Beſtohlenen genommen werden ſoll, daß ein Erſatz dieſes Schadens, ſei er vom Diebe ſelbſt freiwillig oder nicht, oder von einem Dritten für den Dieb geſchehen[272]), eine mildere Ausmeſſung der Strafe beſtimmen muß; auch dürfte ſich aus der Rückſicht, die der Richter auf die Verbeſſerlichkeit des Diebes nehmen ſoll, ergeben, daß wenn der Dieb die That auf eine Weiſe ausführte, welche beſondere Gefliſſenheit und Gefährlichkeit beweiſt, erhöhte Strafe eintreten muß[273]), während dagegen die Berückſichtigung anderer, rein objectiver Momente, z. B. Diebſtahl des Pfluges vom Felde, beim Schweigen der Carolina unzuläſſig iſt.

Die Beſtimmungen der Carolina ſind, wie ihre meiſten Strafbeſtimmungen, durch das entſchiedenſte Gewohnheitsrecht in Teutſchland we-

---

268) Hier ſind die oben bei Note 256 flg. angeführten Grundſätze über die Werthbeſtimmung zu Grunde zu legen.

269) Mein Lehrb. Bd. 2, S. 295. Feuerbach hat in den ſpäteren Ausgaben ſeines Lehrbuches, §. 331, die dort angeführte Anſicht zurückgenommen. — Uebrigens kommt hier nur der Schaden in Betracht, den der Dieb durch das Stehlen und um des Stehlens willen anrichtete. Martin, Lehrb. §. 152, Note 12.

270) Gewöhnlich bezieht man dieſes auf die Verbeſſerlichkeit des Diebes, und wohl mit Recht. Vgl. P. G.-O. Art. 158.

271) P. G.-O. Art. 160, und beſonders Konopak, über d. Momente der Strafbarkeit des großen Diebſtahls im älteren Archiv des Cr.-R., Bd. 5, St. 2, S. 137—164. Auch Grolman, Grundſ. §. 193, 203, 204; Martin, Lehrb. §. 152.

272) Manche verlangen freiwilligen Erſatz, aber mit Unrecht. Nur muß der freiwillige Erſatz, wenn er geſchieht, ohne durch Einſchreiten der Behörde oder des Verletzten veranlaßt zu ſein, die Strafe noch in weit größerem Grade mindern, weil er dann einen Beweis für die geringere Verdorbenheit des Diebes bildet, alſo hier dann noch in einer anderen Beziehung die Strafbarkeit ſinkt. Abegg, Lehrbuch S. 471. Dagegen iſt es zu weit gegangen, wenn Andere den Erlaß der Entſchädigung von Seiten des Beſtohlenen dem Erſatze gleichſtellen. Denn Erlaß iſt nichts Anderes, als eine Art Verzeihung, die bei öffentlichen Strafen nichts wirken kann. — Uebrigens kann der nachfolgende Erſatz nicht machen, daß der große Diebſtahl in einen kleinen ſich verwandelt. Ob nicht aber bei einem, zugleich mit der Ausführung des Diebſtahls ſelbſt geleiſteten Erſatze? z. B. wenn ein reicher Gemäldeliebhaber ein Gemälde, das der Eigenthümer nicht verkaufen will, ſtiehlt, aber den ungefähren Werth deſſelben in Geld an ſeine Stelle legt.

273) Z. B. in den unten bei Note 299—302 u. 306 angef. Fällen.

ſentlich modificirt worden. In dieſer Hinſicht wird ſich wenigſtens Folgendes mit Beſtimmtheit behaupten laſſen.

1) Auf die Privatſtrafe wird nicht mehr geklagt, und würde auch auf dieſelbe je eine Klage angeſtellt werden wollen, ſo würde doch von keinem Gerichte darauf erkannt werden; vielmehr wird ſtets auf öffentliche Strafe erkannt.

2) Auf Todesſtrafe wird beim einfachen Diebſtahle nie mehr erkannt.

3) Bei der Ausmeſſung der Strafe des einfachen Diebſtahls wird beinahe von keinem Gerichte mehr auf den Umſtand als Erſchwerungsgrund Rückſicht genommen, ob der Diebſtahl ein offener war[274]).

4) Auf öffentliche Geldſtrafe erkennen die Gerichte beim Diebſtahle nicht, ſondern nur auf Freiheitsſtrafe, und in manchen Orten wohl auch auf körperliche Züchtigung. Welches Strafmaß aber die Gerichte anwenden, darüber läßt ſich etwas allgemein Giltiges nicht ſagen. Denn von einer harmonirenden gemeinen Praxis läßt ſich hier nicht ſprechen. Zwar wird ſich bei der Häufigkeit des Verbrechens bei den einzelnen Gerichten hierüber eine ziemlich feſte Praxis gebildet haben; allein ſie iſt in den verſchiedenen Theilen Teutſchlands höchſt verſchieden, ſo daß die näheren Angaben über das Maß, welches die Praxis befolge, die in einzelnen Schriften, z. B. bei Tittmann, ſich finden, ſo fern es ſich von einer gemeinen Praxis handelt, gewiß ganz unzutreffend und unzuläſſig genannt werden können. Auch beſtimmten in manchen Staaten des gemeinen Rechtes Landesgeſetze hier wenigſtens Einzelnes über die Strafe, ſo daß man die Urtheile der unter dieſen ſtehenden Gerichte nicht als Beitrag zur gemeinen Praxis betrachten kann[275]).

5) Der oben angeführte Milderungsgrund des Erſatzes wird wohl allgemein anerkannt.

6) Daß der Verſuch eines kleinen heimlichen Diebſtahls ſtrafbar ſei, ließe ſich wohl mit Grund aus dem Art. 178 der Carolina beſtreiten, ſelbſt wenn man der Privatſtrafe des Art. 157 eine öffentliche Strafe ſubſtituirte. Allein die Praxis unſerer Gerichte beſtraft durchaus jeden Diebſtahlsverſuch. Den Verſuch eines großen Diebſtahls wird man aber nur dann annehmen können, wenn erwieſen iſt, daß der Dieb auf die Entwendung von Sachen ausging, deren Betrag den eines großen Diebſtahls erreicht[276]).

---

274) S. oben Note 263.

275) So war es im Königreich Sachſen, wo ein Diebſtahl von mehr als 6½ Thlr. mit 4 Jahren, von mehr als 12½ Thlr. mit 8 Jahren, und von mehr als 50 Thlr. mit 10 Jahren Zuchthaus beſtraft wurde. Aber auch in Urtheilen für das Ausland (nach gem. Rechte) erkannten die ſächſiſchen Dikaſterien beim großen Diebſtahle, auch wenn ſein Betrag nicht ſehr bedeutend war (z. B. 25—30 Thlr.), auf 2—4 Jahre Zuchthaus, während die württemb. Gerichte (hier ganz auf gemeines Recht gewieſen) drei Monate Feſtung, ſpäter etwa 3½ Monate Arbeitshaus als Minimum der Strafe des großen Diebſtahls annahmen, und noch nicht einmal bei einem Diebſtahle von hundert Gulden auf ein Jahr Freiheitsſtrafe erkannten.

276) Freilich wollen die Diebe meiſt nehmen, ſo viel ſie finden, und info=

7) Ueber die Folgen des Diebſtahls in Beziehung auf die Ehre des Thäters ſagt die Carolina nichts. Allein man wird ohne Zweifel annehmen müſſen, daß hier das römiſche Recht eingreift und jeder wegen Diebſtahls Verurtheilte infam wird[277].

Qualificirte Diebſtähle. Qualificirt ſind nach gemeinem teutſchen Rechte:

1) der zweite und dritte Diebſtahl. Die Carolina beſtimmt (Art. 161): wenn Jemand zum zweiten Mal ſtehle und der zweite Diebſtahl ſelbſt mit Hinzurechnung des früheren Diebſtahls einen großen Diebſtahl nicht erreicht, ſo ſoll der Thäter doch mit Pranger und Landesverweiſung oder mit Confination beſtraft werden. Wenn aber (Art. 162) Jemand zum dritten Mal geſtohlen hat, ſo ſoll er „als ein merer verläumbter Dieb" mit dem Tode beſtraft werden.

Bei Auslegung dieſer beiden Artikel[278]) entſteht zunächſt die Frage, ob ſie von der Concurrenz mehrerer (noch unbeſtrafter) Diebſtähle, oder ob ſie vom Rückfall, d. h. der Begehung eines Diebſtahls nach früher ſchon erlittener Beſtrafung wegen Diebſtahls, oder ob ſie von Beidem ſprechen. In keinem Falle kann man ſie, wie Manche wollten, trennen, d. h. den Art. 161 auf die bloße Concurrenz, den Art. 162 dagegen auf den Rückfall beziehen; denn beide Artikel bezeichnen den Fall, von dem ſie ſprechen, auf völlig gleiche Weiſe, nur daß der eine vom zweiten, der andere vom dritten Acte ſpricht, und ſo läßt ſich in keiner Weiſe annehmen, daß, nachdem der Art. 161 von der Concurrenz zweier Diebſtähle geſprochen hat, nun der Art. 162 ganz mit denſelben Worten, deren der Art. 161 ſich bedient, auf einen völlig verſchiedenen Fall, auf den des Rückfalles überſpringe[279]). Die Hauptfrage ſelbſt aber, welchen Fall dieſe Artikel im Auge haben, iſt eine zweifelhafte, und zu völliger Gewißheit wird man wohl über dieſen Punkt nicht kommen. Es würde hier zu weit führen, die Gründe für und gegen genauer zu ent-

---

fern hat ihre Stimmung rückſichtlich der Summe in der Regel keine Grenze. Allein offenbar wäre es doch zu weit gegangen, wegen einer ſolchen allgemeinen Stimmung bei einem nicht ausgeführten Diebſtahle im Zweifel den Verſuch eines großen (und eines wie großen?) anzunehmen. Wenn aber z. B. Jemand hört, daß in einem Zimmer 100 Thlr. liegen oder ein werthvoller Ring zu finden ſei, und er ſchleicht ſich hinein, um jene Sachen zu ſtehlen, ſo liegt im erſteren Falle der Verſuch eines Diebſtahls von 100 Thlrn., im letzteren der Verſuch eines Diebſtahls der dem wahren Werthe des Ringes gleichkommenden Summe vor. Ebenſo wäre es, wenn der Dieb nur im Allgemeinen erfahren hatte, daß X bedeutende Summen beſitze, und er einen Verſuch machte, dieſe bei X zu ſtehlen, oder er in das Waarenlager eines Juweliers einbricht.

277) Meine Schrift über die Strafarten ꝛc. S. 239 flg. Hiefür war auch bis zum Strafgeſetzbuche die entſchiedenſte württemb. Praxis; vergl. auch Sarwey, Monatsſchrift für württemb. Juſtizpflege, Bd. 1, S. 195 flg.

278) Ueber den Art. 162 ſind beſonders zu vergleichen: Konopak, über den dritten Diebſtahl im älteren Archiv, Bd. 5, St. 2, S. 119—136; Bd. 7, S. 145 flg., 268 flg. Guſt. Hohbach, Beiträge zum Strafgeſetzbuch (Leipzig 1836), S. 263—289. Auch Abegg, praktiſche Bemerkungen zur Lehre vom wiederholten Diebſtahle, im neuen Archiv des Cr.-R. 1834, S. 415 flg.

279) Mein Lehrbuch des Strafrechtes, Bd. 2, S. 311. Dieß ſcheint auch Roßhirt (Geſchichte u. Syſtem ꝛc., Bd. 2, S. 312) nicht beachtet zu haben.

wickeln, und ich erlaube mir daher, in Beziehung auf die Gründe für die Anſicht, daß jene Artikel blos vom Rückfall ſprechen, auf Konopak, mein Lehrbuch und beſonders auf Hohbach[280]), und in Beziehung auf die Gründe für die Anſicht, daß jene Artikel nicht blos vom Rückfall, ſondern auch von der Concurrenz ſprechen, d. h. die Straffteigerung nicht blos bei bereits vorangegangener Beſtrafung, ſondern auch bei der bloßen Concurrenz zweier oder dreier noch unbeſtrafter Diebſtähle ausſprechen, wieder auf die gründliche Ausführung von Hohbach[281]) zu verweiſen. Indeſſen wird man wohl annehmen können, daß der Gebrauch unſerer meiſten Gerichte die mildere Deutung vorzog und die Artikel blos auf den Rückfall anwendete, was auch, wenn man die Frage für eine zweifelhafte hält, jedenfalls zu vertheidigen war. Namentlich ging die württembergiſche Praxis und wohl durchaus die Praxis Süddeutſchlands von dieſem Grundſatze aus, ebenſo auch entſchieden die ſächſiſche Praxis (bei Verſpruchſachen für das Ausland) und die hannöverſche[282]). Dieſes nun als geltendes gemeines Recht vorausgeſetzt, würde ſich Folgendes ergeben.

1) Bei der Concurrenz mehrerer noch unbeſtrafter Diebſtähle bleibt es ganz bei den allgemeinen Grundſätzen, die von der Beſtrafung concurrirender Verbrechen überhaupt gelten. Es dürfen daher die Summen der verſchiedenen Diebſtähle nicht zuſammengerechnet werden, um daraus einen großen Diebſtahl zu bilden, ſondern für jeden einzelnen Diebſtahl iſt nach ſeinen eigenthümlichen Momenten die Strafe beſonders zu berechnen, und die ſo gefundenen Strafen ſind dann zuſammen zu rechnen; ob mit einem Abzug, dabei kommt es auf die allgemeinen Grundſätze an, die man bei der Concurrenz der Verbrechen überhaupt vertheidigen zu müſſen glaubt[283]).

2) Der Ausdruck zweiter und dritter Diebſtahl wird hiernach nur auf den Fall des Rückfalles zu beziehen ſein, und bei der bloßen Concurrenz mehrerer Diebſtähle von einem zweiten Diebſtahle im techniſchen Sinne noch nicht geſprochen werden können. Hiernach wäre erſter Diebſtahl im techniſchen Sinne ein oder mehrere Diebſtähle, welche ein wegen Diebſtahls noch nicht Beſtrafter beging, — zweiter Diebſtahl im techniſchen Sinne derjenige Diebſtahl, oder diejenigen mehreren Diebſtähle (denn Concurrenz kann ſich ja wohl mit dem Rückfalle verbinden), welche Jemand beging nach einmal erlittener Beſtrafung wegen Diebſtahls, — dritter Diebſtahl derjenige oder

280) Konopak a. a. O. Mein Lehrbuch Bd. 2, S. 302—317. Hohbach a. a. O. S. 265—274.

281) Hohbach a. a. O. S. 274—288. Durch dieſe Ausführung iſt mir die Frage wenigſtens zweifelhaft geworden. Was Mittermaier (zu Feuerbach §. 332, Note 1) über die italieniſchen Juriſten ſagt, iſt wohl nicht ganz richtig; ſ. Hohbach a. a. O. S. 283.

282) Ueber das Letztere ſ. die Nachweiſungen von v. Bothmer, in Hitzig's Annalen, Bd. 9, S. 248 flg.; vergl. auch mein Lehrbuch Bd. 2, S. 312 u. 313.

283) Mein Lehrbuch Bd. 2, §. 190, Note 65; §. 191, Note 70; §. 193, Note 82.

diejenigen mehreren Diebſtähle, welche Jemand nach ſchon zweimal erlittener Beſtrafung wegen Diebſtahls verübte.

3) Dieſer Rückfall bildet einen bedeutenden Strafſchärfungsgrund, ſo daß beim dritten Diebſtahle unbedingt Todesſtrafe eintreten ſoll. Allein dieſe Strafbeſtimmung der Carolina wird von der Praxis nicht feſtgehalten. Schon früh ſuchte man ſie durch allerhand Deutungen wenigſtens zu modificiren, forderte z. B., daß die drei Diebſtähle zuſammen dem Betrage eines großen gleichkommen müſſen; ſpäter aber ſetzte man ſich entſchieden geradezu über die Strafe der Carolina hinweg und erſetzte ſie durch eine arbiträre. So kam es, daß man nun nicht blos einen zweiten und dritten, ſondern auch einen vierten, fünften u. ſ. w. Diebſtahl (beim dritten, vierten ꝛc. Rückfall) unterſcheiden konnte. Allein über das Strafmaß, welches die Praxis in Teutſchland befolgte, läßt ſich auch hier wieder etwas Uebereinſtimmendes nicht angeben. Selbſt in den hier zu befolgenden Grundſätzen ſind die Gerichte nicht einig, indem manche beim Rückfall die früher erlittene Strafe unbedingt zu Grunde legen und dann dieſelbe noch mit einem Zuſatze verſchärfen, der mit der Art und Größe des neuen Diebſtahls im Verhältniß ſteht, ſo daß alſo der neue Diebſtahl jedenfalls härter beſtraft wurde, als der früher beſtrafte, — andere Gerichte dagegen zuerſt für den neuen Diebſtahl nach ſeinen eigenthümlichen Momenten die Strafe berechnen und dann in Rückſicht auf die vorangegangene Beſtrafung einen mit der Größe derſelben im Verhältniß ſtehenden Zuſatz jener Strafe beifügen, ſo daß die Strafe des neuen Diebſtahls auch geringer ſein kann, als die früher erlittene Strafe, — andere Gerichte endlich den letzteren Grundſatz beim zweiten und dritten, den erſteren Grundſatz dagegen beim vierten und den weiteren Diebſtählen befolgen [284]). Nur darin ſtimmen ſie miteinander und mit dem Sinne der Carolina überein, den Rückfall beim Diebſtahle als einen bedeutenden Schärfungsgrund zu behandeln, und zwar bei dem zweiten Rückfalle, dem dritten Diebſtahle, verhältnißmäßig weit mehr zu ſchärfen, als beim erſten Rückfall. Vom Maße der Carolina wird aber ſo ſehr abgewichen, daß z. B. die württemb. Praxis eine Freiheitsſtrafe von ſieben bis acht Monaten Arbeitshaus als das Minimum für den dritten Diebſtahl annahm! Ob die vorangegangenen Verbrechen und Beſtrafungen im Auslande ſtattfanden oder im Inlande, das kann natürlich keinen Unterſchied bewirken [285]). Jedenfalls aber muß, wenn die volle Rückfallsſtrafe eintreten ſoll, die früher erkannte Strafe auch vollſtändig erſtanden worden ſein [286]). Dabei nahmen auch in der neueren Zeit manche Gerichte an, daß zum Eintritt der in der Praxis der Gerichte üblichen Strafe des dritten Dieb-

---

284) Selbſt die Gerichte eines und deſſelben Landes ſchwanken auf dieſe Weiſe; ſ. z. B. über die württemb. Praxis Hohbach a. a. O. S. 302.

285) Dieſes gibt auch die Praxis zu; Abegg a. a. O. S. 422 flg.; v. Bothmer a. a. O.

286) Abegg a. a. O. S. 432 flg. Uebrigens wird dieſer Grundſatz von den Gerichten nicht durchaus feſtgehalten. Ueber die Frage, ob, wenn eine außerordentliche Strafe wegen nicht vollſtändigen Beweiſes vorangegangen, dadurch auch die Rückfallsſtrafe begründet werde, ſ. Abegg a. a. O. S. 416 flg.

ſtahls erforderlich ſei, daß die drei Diebſtähle zuſammen wenigſtens den Betrag eines großen ausmachen, oder daß unter den zwei vorhergegangenen Strafen wenigſtens eine Zuchthausſtrafe geweſen ſei[287]).

II) Sogenannter gefährlicher Diebſtahl. Die Carolina zeichnet den Diebſtahl durch Einſteigen, Einbrechen oder mit Waffen durch härtere Beſtrafung aus, und nennt ihn einen „gefliſſenen geuerlichen Diebſtahl" (Art. 159). Unſere Criminaliſten leiten die Qualification dieſer Diebſtähle nach dem Sinne der Carolina zunächſt ab von einer beſonderen Gefahr (periculum) bald für Eigenthum, bald für die Perſon, bald für Beides, und folgern aus dieſem Erklärungsgrunde manches nicht Unwichtige für den Thatbeſtand der hierher gehörigen Diebſtähle. So meinen viele Aeltere, und führte ſpäter beſonders Grolman[288]) aus, der gemeinſame Grund der Auszeichnung dieſer drei Diebſtähle ſei Gefahr für Perſonen, ſelbſt auch bei den Diebſtählen durch Einſteigen und Einbrechen, weil bei dieſen der Dieb ſich den Weg zur ungehinderten Flucht verſperre und daher, wenn er ertappt wird, Gefahr für Perſonen beſorgen laſſe. Andere behaupten, der Diebſtahl durch Einſteigen und Einbrechen ſei qualificirt wegen der Gefährlichkeit des Diebes für das Eigenthum, der mit Waffen wegen ſeiner objectiven Gefährlichkeit für Perſonen. Dieſe Anſicht vertheidigte beſonders Feuerbach, nur daß er die Gefährlichkeit beim Einſteigen und Einbrechen nicht auf das Eigenthum beſchränkt, ſondern auf die ganze Rechtsordnung bezieht[289]). Endlich behaupten Einige, der gemeinſame Grund der Auszeichnung dieſes Diebſtahls ſei die ſubjective Gefährlichkeit des Diebes für die allgemeine Sicherheit. Für dieſe Anſicht iſt beſonders Konopak[290]). Der Hauptbeweis bei allen dieſen Anſichten, deren letztere im Reſultate dem Richtigen ſich am meiſten nähert, iſt das Wörtchen geuerlich der Carolina, das durch periculosum oder gefahrbringend überſetzt wird, und der Streit betrifft dann nur den Grund und das Object dieſer Gefahr. Allein jene Ueberſetzung des Wörtchens geuerlich iſt eine entſchieden unrichtige, indem geuerlich nach dem Sprachgebrauche der Carolina, und überhaupt des 12. Jahrhunderts nicht periculosum, ſondern dolus malus bezeichnet[291]). Durch gefliſſenen gefährlichen Diebſtahl will alſo die Carolina einen ſolchen bezeichnen, in welchem der Beweis eines beſonders großen Grades von dolus des Diebes liegt. Nimmt man dieſe Auslegung an, ſo ergibt ſich, daß der Art. 159 die angeführten Diebſtähle eben darum qualificirt, weil ein Dieb durch freches Ueberwinden großer Hinderniſſe, ſowie durch die Abſicht, Waffen beim Diebſtahle im Nothfall zu gebrau-

287) Weder das Eine noch das Andere nahm die württembergiſche Praxis an. Nur genügte nach ihr, wenn Rückfall vorhanden ſein ſollte, eine vorangegangene blos polizeiliche Beſtrafung des Diebſtahls nicht (bei Diebſtahl von 10 Gulden und weniger), ſondern es wurde eine von den Gerichten erkannte gefordert.

288) Bibliothek für die peinl. R.-W., Bd. 1, St. 2, S. 45—68.

289) In der angeführten Bibliothek, Bd. 2, St. 1, S. 116 flg., 137 flg., und Lehrbuch §. 334.

290) Im älteren Archiv des Cr.-R. Bd. 5, St. 1, S. 144—151.

291) Näher bewieſen in meinem Lehrbuch Bd. 2, S. 300—302.

chen, einen beſonders großen und ſtarken widerrechtlichen Willen an den Tag legt, die Carol. alſo ganz übereinſtimmend mit den allgemeinen Grundſätzen nach der Feſtigkeit und Größe des widerrechtlichen Willens die Strafe zu erhöhen vorſchreibt. Der Thatbeſtand dieſer drei[292]) ſogenannten gefährlichen (von Manchen auch mit Unrecht ausſchließlich qualificirt genannten, oben Note 253) Diebſtähle geht dahin:

1) Diebſtahl durch Einſteigen. Hierzu gehört, daß der Dieb zum Zweck des Stehlens[293]) auf ungewöhnlichem Wege durch Steigen in ein Gebäude ſich begibt und in dem Gebäude ſtiehlt. Ob hinauf oder hinab, z. B. in den Keller eines Gebäudes, geſtiegen wird, ferner durch welche Mittel, z. B. ob mit Leitern oder nicht, es geſchieht, ferner ob hoch oder niedrig, hinauf oder hinab geſtiegen wird[294]), ob das Gebäude bewohnt oder unbewohnt iſt, darauf kommt es nicht an; in allen dieſen Fällen iſt der qualificirte Diebſtahl durch Einſteigen vorhanden[295]). Dagegen iſt ein ſolcher durch Einſteigen nicht vorhanden, wenn blos in einen Garten oder in einen Hof geſtiegen wird[296]), ferner nicht, wenn der Dieb auf gewöhnlichem Wege in das Gebäude gekommen iſt und er in demſelben ſteigt, oder nach vollbrachtem Diebſtahle aus demſelben herausſteigt[297]), ferner nicht, wenn er blos an einem Gebäude hinanſteigt und etwas Heraushängendes oder auch durch Hineinreichen in ein offenes Fenſter etwas in dem Gebäude Befindliches ſtiehlt[298]). Uebrigens wird in allen dieſen Fällen, in denen die vollen Requiſite des gefährlichen Diebſtahls zwar nicht vorhanden ſind, der Dieb

---

292) Manche Neuere unterſcheiden dieſe drei Diebſtähle durch den Ausdruck verwegener (Diebſtahl durch Einſteigen), gewaltſamer (Diebſtahl durch Einbrechen) und bewaffneter oder eigentlich gefährlicher. Gegen die Behauptung von Kleinſchrodt (Abhandl. Bd. 2, S. 119 flg.), nach welcher es eigentlich nur Einen gefährlichen Diebſtahl, den durch Waffen, geben ſoll, und bei demſelben nur zu unterſcheiden ſei, ob der bewaffnete Dieb einſteige, einbreche oder Keines von Beiden thue, ſ. Feuerbach, an dem Note 289 angeführten Orte, S. 125 flg.

293) Steigt er zu einem anderen Zwecke ein, z. B. um zu einem Mädchen zu kommen, und ſtiehlt dann nachher bei dieſer Gelegenheit im Hauſe, ſo iſt es kein qualificirter Diebſtahl durch Einſteigen.

294) Die württembergiſche Praxis wich hier inſofern ab, als ſie zum qualificirten Diebſtahle durch Einſteigen verlangt, der Dieb müſſe wenigſtens ſechs Schuhe hoch oder tief geſtiegen ſein. Richtig iſt übrigens die Bemerkung von Heffter (§. 502 u. 506), daß der Ausdruck der Carolina ein bloßes Kriechen auf der Erde, ingleichen ein bloßes Herüberſchreiten nothwendig ausſchließe.

295) Aeltere und auch manche Neuere, namentlich Grolman, a. a. O., machten hier viele Beſchränkungen, aber blos weil ſie von der irrigen Vorausſetzung ausgingen, daß der Diebſtahl für Perſonen gefährlich ſein müſſe. Das richtige Reſultat erkennen wohl die meiſten jetzigen Criminaliſten an, ſ. z. B. Klien, S. 416, 420 flg.; Feuerbach, §. 336; Heffter, §. 502.

296) Die Carolina verlangt Einſteigen in eine Behauſung oder Behaltung, Ausdrücke, von denen auch der letztere blos Gebäude bezeichnet. Vergl. Note 301.

297) Heffter, §. 502, Note 5, und Martin, §. 154, Note 7.

298) Beim Hinanſteigen ſind Einige, z. B. auch Martin, §. 154, Note 10, mit Unrecht anderer Meinung.

aber doch auch eine beſondere Gefliſſenheit an den Tag legte, wie beim Diebſtahle durch Steigen über eine Gartenmauer, durch Steigen in einem Gebäude, durch Hinanſteigen ꝛc. der oben bei Note 270 angeführte Grundſatz zur Anwendung kommen und daher die Strafe des gemeinen Diebſtahls in erhöhtem Maße anzuwenden ſein[299]).

2) Diebſtahl durch Einbrechen. Hierzu gehört, daß der Dieb zum Zweck des Stehlens mit Gewalt eine Oeffnung in ein Gebäude macht, durch dieſelbe in das Gebäude eindringt und im Gebäude ſtiehlt. Auch hier iſt es gleichgiltig, ob das Gebäude ein bewohntes oder unbewohntes iſt, an welchem Orte deſſelben man eingebrochen iſt, ferner ob der gewöhnliche Zugang zu dem Gebäude, die Thüre deſſelben, aufgebrochen oder aufgeſprengt, oder an einem anderen Orte eine Oeffnung gemacht wurde, und welcher Mittel ſich der Dieb zum Durchbrechen bedient[300]). Dagegen iſt es kein qualificirter Diebſtahl durch Einbruch, wenn eine Kiſte, ein Kaſten und dergl. aufgebrochen[301]), oder in einen Garten oder Hof eingebrochen, oder mittelſt eines Durchbruches, ohne in das Gebäude ſelbſt einzudringen, von Außen her geſtohlen wird (z. B. durch ein durchbrochenes Fenſter etwas auf der Fenſterbank Liegendes), oder eine Thüre durch Nachſchlüſſel geöffnet wird[302]).

3) Diebſtahl mit Waffen. Zu dieſem gehört, daß der Dieb beim Ausgehen auf den Diebſtahl Waffen, d. h. Werkzeuge, mit welchen er gewaltſamen Widerſtand leiſten und Jemand körperlich verletzen kann[303]), in der Abſicht[304]) zu ſich nimmt, von den Waffen im Nothfall zur

---

299) Dieß erkennt auch die entſchiedenſte württembergiſche Praxis an; ſie rechnet dieſe Fälle zu den Diebſtählen unter erſchwerenden Umſtänden. Vgl. oben Note 253.

300) Auch hier wollten Manche, beſonders Aeltere, und auch noch Grolman, zum Theil ganz unbegründete Beſchränkungen machen; ſ. z. B. die Anführungen in meinem Lehrbuche Bd. 2, S. 303, 305, und bei Feuerbach, §. 335.

301) Viele Aeltere und auch manche Neuere, unter dieſen z. B. Martin, §. 154, Note 12, ſind hier anderer Meinung, indem ſie den Ausdruck der Carolina: Behaltung, auf Kiſten, Käſten und dergl. beziehen. Allein daß die Carolina unter Behauſung und Behaltung, was ſchon Gobler durch domicilium, habitatio aut aedes überſetzt, blos Gebäude verſtehe, hierüber ſ. vorzüglich Grolman, in der angeführten Bibliothek, Bd. 1, St. 2, S. 57 flg., auch Klien, S. 413 flg., denen beinahe alle Neuere, und wohl auch die Praxis der meiſten Gerichte beiſtimmen. Allerdings tritt aber auch hier wieder, wie in den bei Note 302 angeführten Fällen, das ein, was bei Note 299 bemerkt wurde.

302) Bei Nachſchlüſſeln wollte Klien, S. 416, einen Diebſtahl durch Einbruch annehmen; die Meiſten ſind aber mit Recht dagegen. Auch bloßes Ausheben einer Thüre und eines Fenſters mit der Hand gehört nicht hierher; Heffter, §. 502, Note 4.

303) Klien, S. 427 flg., Feuerbach, §. 392, und L. 9. L. 11. §. 1. D. ad l. Iul. de vi priv. (48. 6.) L. 3. §. 2. D. de vi. (43. 16.)

304) Feuerbach und auch Roßhirt (Lehrbuch §. 174) behaupteten, der qualificirte bewaffnete Diebſtahl ſei auch dann vorhanden, wenn der Thäter dieſe Abſicht nicht gehabt habe, wenn er alſo auch nur zufällig oder aus anderen Gründen bewaffnet geweſen ſei. Allein dieſes wird blos aus der entſchieden unrichtigen Vorausſetzung hergeleitet, daß die Carolina bei dieſem Diebſtahle lediglich

Sicherung ſeiner Perſon oder der geſtohlenen Sache Gebrauch zu machen. Beſtritten iſt, ob der qualificirte bewaffnete Diebſtahl auch dann vorhanden ſei, wenn der Dieb erſt am Orte der Entwendung Waffen findet, und ſie in der Abſicht, davon zum Schutz der Entwendung Gebrauch zu machen, ergreift. Die Meiſten bejahen dieſe Frage[305]). Allein die Carolina verlangt ein Eingehen zum Stehlen mit Waffen, und ſo muß man, wenn man ſich an die Worte des Art. 159 halten will, die Frage verneinen[306]). Daß es zum Gebrauch der Waffen kommt, iſt keineswegs nöthig. Selbſt wenn der Dieb nach vollendetem Diebſtahle überraſcht wird, die Waffen wegwirft und mit der geſtohlenen Sache entflieht, bleibt der Diebſtahl doch ein qualificirter bewaffneter[307]), wenn nur der Dieb in der angegebenen Abſicht die Waffen zu ſich genommen hatte. Nahm aber der Thäter die Waffen zu ſich in der Abſicht, Perſonen, die ſich dem Stehlen etwa widerſetzen würden, zu vergewaltigen, um ſo die Entwendung auszuführen, oder nahm er ſie zwar in anderer Abſicht zu ſich, führt aber doch am Orte der That die Entwendung mittelſt Gewaltanwendung gegen Perſonen aus, ſo iſt ſein Verbrechen nicht bewaffneter Diebſtahl, ſondern Raub[308]).

Was die Conſummation dieſer drei Diebſtähle betrifft, ſo gehört im Uebrigen zu derſelben Alles, was zur Vollendung eines Diebſtahls überhaupt nöthig iſt, namentlich die vollendete Beſitzergreifung der Sache[309]). Die Strafe dieſer Diebſtähle ſetzt die Carolina theilweiſe in das Ermeſſen des Richters, indem ſie ein Maximum und Minimum feſtſetzt, und zwar mit Recht wegen der großen Verſchiedenheit der Abſtufungen der Strafbarkeit, die hier vorkommen können. Sie beſtimmt, daß Todesſtrafe (beim Mann der Strang, beim Weib Ertränken) oder wenigſtens eine ſchwere Leibesſtrafe, wie Augenausſtechen oder Handabhauen, erkannt werden ſoll[310]). Allein die Praxis hält ſich längſt nicht mehr an dieſe Straf-

---

lich die objective Gefahr für Perſonen im Auge habe. Wohl alle übrigen Criminaliſten ſind hier anderer oder der richtigen Anſicht.

305) Unter den Neueren z. B. Klien, S. 430 flg., Feuerbach, Lehrbuch §. 337, Martin, Lehrbuch §. 154.

306) Dieſer Anſicht ſind unter den Neueren Roßhirt, §. 174, Heffter, §. 502, Mittermaier, zu Feuerbach §. 337. Dafür ſind aber jedenfalls die Meiſten, daß ein bewaffneter Diebſtahl nicht vorhanden ſei, wenn die Ergreifung der Waffen nach vollendetem Act des Diebſtahls geſchah. Uebrigens tritt auch in dieſen Fällen wieder der bei Note 273 angeführte Grundſatz ein.

307) Beſonders Klien, S. 433 flg.

308) Klien, S. 441 flg.; auch Martin, §. 154 a. E., §. 155, Note 8 (vergl. aber Denſ. §. 154, Note 5?).

309) Beſonders Klien, S. 434 flg.

310) Art. 159. Vergl. auch Art. 160 a. E., 172, 174. Manche, wie Feuerbach, §. 338, Heffter, §. 502, glauben, die Carolina ſetze die Todesſtrafe als ordentliche Strafe, die anderen Strafen dagegen als blos außerordentliche feſt. Allein dieſes iſt unrichtig. Martin, §. 155. Nach Art. 160 a. E. ſcheint es, daß wenigſtens für die großen gefährlichen Diebſtähle die Todesſtrafe die regelmäßige ſei, und wirklich nahmen dieſes auch Manche an. Allein jene Stelle iſt anders zu erklären. Wie nämlich in der Bambergenſis, ſo war im Entwurf der Carolina für den gefährlichen Diebſtahl unbedingt Todesſtrafe im Art. 159 geſetzt, und darauf bezog ſich auch der Schluß des Art. 160,

beſtimmungen der Carolina; namentlich wird in der neueren Zeit wohl nie mehr auf Todesſtrafe erkannt. Ueber das Maß der Freiheitsſtrafe aber, die bei dieſen Diebſtählen die gemeine Praxis anwendet, gilt ganz das, was oben über die gleiche Frage beim einfachen und beim zweiten und dritten Diebſtahl bemerkt wurde. Hat ſich auch in einzelnen Gerichten eine ziemlich feſte Praxis hier gebildet, ſo findet ſich doch bei den verſchiedenen Gerichten der verſchiedenen Länder des gemeinen Rechtes und oft bei den verſchiedenen Gerichten deſſelben Landes eine ſo große Verſchiedenheit in dem Maß, daß man von etwas Gemeinſamem hierüber ſelbſt nicht einmal annähernd ſprechen kann. So dürfte ſelbſt die Behauptung von Heffter (Lehrbuch §. 502), daß die Praxis ſich meiſt mit vier- bis zehnjähriger Zuchthaus- oder Feſtungsſtrafe begnüge, nicht zutreffend ſein. Denn ſchon die hannöverſchen Urtheile, die v. Bothmer (Hitzig's Annalen Bd. 8, S. 250 flg.) anführt, beweiſen, wie Heffter ſelbſt bemerkt, daß die Praxis oft noch unter dieſem Satze bleibe, und noch weit gelinder war die württembergiſche Praxis, die bei dieſen qualificirten Diebſtählen der Strafe, die der Diebſtahl an ſich, ohne Rückſicht auf jene Qualification verdient hätte, wegen des Einbrechens, Einſteigens oder der Bewaffnung noch einen Zuſatz von einigen Monaten bis zu zwei Jahren (wenn nicht Mißhandlung von Perſonen dabei vorkam) beifügte. Die Frage, wann ein Erkenntniß auf den Tod dem Sinne der Carolina am angemeſſenſten wäre, iſt jetzt müßig, weil nicht mehr auf Todesſtrafe erkannt wird. Bei übrigens gleichen Verhältniſſen iſt der Diebſtahl mit Waffen der ſtrafbarſte, dann der durch Einbrechen, und auf der niedrigſten Stufe ſteht der durch Einſteigen; überhaupt iſt bei der Abſtufung der Strafe auf den Grad der Hinderniſſe, welche der Dieb zu überwinden hatte und auf die er ſich gefaßt machte, ferner auf etwaige Mißhandlung von Perſonen, die er nach der Entwendung verübte, und dann auch, jedoch hier in untergeordneter Weiſe, auf die Größe des Diebſtahls und den beſonderen Schaden des Beſtohlenen [311]) Rückſicht zu nehmen [312]).

III) Kirchendiebſtahl oder ſogen. Kirchenraub [313]). Die

---

allein ſpäter bei der Endredaction wurde die Strafe im Art. 159 abgeändert, und man ließ nur aus Ueberſehen den Art. 160 unverändert.

311) So weit dieſer Umſtand bei der Strafe zu berückſichtigen iſt, in ſo weit muß auch hier der Erſatz eine Verminderung der Strafe bewirken.

312) Vgl. auch hierüber und über die Miturheberſchaft Martin, §. 155.

313) Der Kirchendiebſtahl wurde beſonders in älterer Zeit meiſt durch Kirchenraub bezeichnet, vergl. auch P. G.-O. Art. 174 a. E. Streng genommen iſt freilich dieſe Bezeichnung unrichtig; denn Kirchenraub iſt eigentlich nur dann vorhanden, wenn mittelſt Gewalt an Perſonen eine Entwendung aus Kirchen oder die Entwendung einer res sacra bewerkſtelligt wird. Richtig macht aber Roßhirt, Zeitſchrift ꝛc. Bd. 1, S. 394, darauf aufmerkſam, daß hier der Ausdruck Raub nur emphatiſch gebraucht werde, um die objective Qualification des Kirchendiebſtahls recht herauszuheben. Allein nichtsdeſtoweniger muß man den eigentlichen Kirchenraub ſtets vom Kirchendiebſtahle unterſcheiden, und beſſer iſt es, jetzt den uneigentlichen Gebrauch des Wortes Kirchenraub für Kirchendiebſtahl um ſo mehr ganz zu vermeiden, als in unſeren Zeiten die harten Strafen, welche die Carolina für den Kirchendiebſtahl feſtſetzt, nicht mehr

Carolina [314]) folgt hier nicht dem römiſchen Begriff von sacrilegium, ſondern dem des canoniſchen Rechtes [315]), und verſteht unter **Kirchendiebſtahl** einen Diebſtahl, durch welchen die chriſtlich kirchliche Weihe einer Sache verletzt wird, ſomit den Diebſtahl an einer geweihten (conſecrirten oder benedicirten) Sache, ſei es aus einem geweihten oder nicht geweihten Orte, und den Diebſtahl irgend einer Sache aus einem zum Gottesdienſte geweihten Orte (Art. 171).

In Beziehung auf die Strafe unterſcheidet ſie folgende Fälle: 1) Diebſtahl einer Monſtranz mit der geweihten Hoſtie ſoll mit dem Feuertode; 2) Diebſtahl goldener oder ſilberner geweihter Kirchengefäße oder auch von Kelchen oder Patenen, ferner jeder Diebſtahl durch **Einbrechen** oder **Einſteigen** in ein zum Gottesdienſt geweihtes Gebäude [316]), ſoll mit dem Tode ſo beſtraft werden, daß die **Todesart** im Ermeſſen des Richters ſteht [317]); 3) ſonſtiger Diebſtahl einer ungeweihten Sache aus geweihtem Gebäude und anderer als der vorhin genannten geweihten Sachen ſoll nach den beim weltlichen Diebſtahle feſtgeſetzten Grundſätzen, doch unter übrigens gleichen Verhältniſſen immer etwas härter als der weltliche Diebſtahl beſtraft werden [318]) (Art. 172—174).

---

angewendet werden, und der eigentliche Kirchenraub weit härter beſtraft wird, als der Kirchendiebſtahl.

314) **Literatur**: J. H. **Boehmer**, ius ecclesiast. protestant. lib. V. tit. 17. §. 2—127. Ph. J. **Heißler**, Erläuterung des 171. und 174. Art. der P. G.-O. aus den Glaubensſätzen und der Liturgie der römiſchen Kirche, in ſeinen juriſtiſchen Abhandlungen und Erörterungen, 1. Sammlung. Halle 1783. **Quellen**: P. G.-O. Art. 171—175.

315) Causa XVII. qu. 4. can. 21. §. 2. Das canoniſche Recht nimmt sacrilegium auch noch in einem viel weiteren, nicht auf Diebſtahl ſich beziehenden Sinne (**Boehmer** l. c. §. 43 sq.), der aber zum Glück nicht in unſer teutſches Strafrecht überging.

316) Manche behaupten, im Art. 172 werde das Einbrechen in Kirchen zum Zweck des Stehlens, ohne Vollendung des Diebſtahls, dem ausgeführten Diebſtahle ganz gleichgeſtellt; allein hiergegen ſ. **Koch**, Institutiones iur. crim. §. 228. schol.: **Klien**, S. 438. Außerdem behaupten auch ſehr Viele, unter den Neueren namentlich **Feuerbach**, §. 345, **Heffter**, §. 504, **Martin**, §. 159, die Todesſtrafe ſtehe auch auf dem Diebſtahle durch **Einſteigen**, und dieſes wohl auch mit Recht. Zwar ſagt der Art. 172 nichts vom Einſteigen, allein es geht aus dem Art. 174 hervor.

317) Die Anſicht Mancher, daß die Todesſtrafe nicht unbedingt angeordnet, ſondern ihre Verhängung dem Ermeſſen des Richters anheimgeſtellt ſei, iſt wohl unrichtig. Manche verlangen zur Anwendung der Todesſtrafe beim Stehlen der angeführten Gefäße und anderer Geräthſchaften, daß ihr Werth die Summe eines großen Diebſtahls betrage, indem ſie den Ausdruck **dapffere Stück**, im Art. 174, auf dieſe Weiſe auslegen. Andere verneinen dieſes und behaupten, die dapfferen Stück bedeuten **conſecrirte** Sachen, und die geringen, geweihten Dinge des Art. 174 bedeuten alle blos **benedicirte** Sachen. Allein ſowohl jenes als dieſes iſt wohl unrichtig. Die Carolina bezeichnet ja ganz genau, was ſie unter den dapfferen Stück verſtehe, nämlich die einzelnen oben unter Nr. 1 und 2 aufgeführten Sachen; alle übrigen ſind blos geringe geweihte Stück.

318) Auch hier iſt viel Streit. Viele, beſonders Aeltere, glauben, dieſe Fälle ſeien ganz wie ein gemeiner Diebſtahl zu beſtrafen, nur ſeien gewiſſe Milderungsgründe, z. B. Erſatz, hier ausgeſchloſſen, während Andere gewiß mit Recht behaupten, die Carolina wolle hier eine arbiträre **Schärfung** der bei einem

Fragt man nach dem Grunde, aus welchem die Carolina den Kirchendiebſtahl auszeichnet, ſo ergibt ſich aus den angeführten Beſtimmungen und daraus, daß ſie in Beziehung auf die Perſon ganz abſolut ſpricht (ſo eyner .... ſtiehlt ꝛc.), daß ſie lediglich hier den Gegenſtand der Verletzung, eine von der chriſtlichen Kirche geweihte Sache, im Auge hatte; namentlich nimmt ſie entſchieden die Perſon des Diebes und ſeinen religiöſen Glauben dabei nicht in Betracht[319]), wenn gleich nicht geleugnet werden kann, daß perſönlich dieſer Dieb ſtraffälliger erſcheint, wenn er ſelbſt an die Kraft und Bedeutung dieſer Weihe ſeinem religiöſen Bekenntniſſe nach glaubt. In den proteſtantiſchen Ländern mußte aber doch bald die Strenge, mit welcher die Carolina den Kirchendiebſtahl beſtraft, einiges Bedenken erregen, indem ſie bei demſelben von dem Geſichtspunkte der katholiſchen Kirche über innere Heiligkeit der geweihten Gegenſtände ausging[320]), während die Proteſtanten denſelben blos eine ſogen. sanctitas externa zuſchreiben, deren Verletzung ſo hohe Strafen vom objectiven Geſichtspunkte aus nicht zu motiviren ſchien. So entſtanden ſchon aus dieſer Rückſicht manche Zweifel über die Anwendbarkeit der Beſtimmungen der Carolina[321]); dabei machten Viele den oben angeführten ſubjectiven Geſichtspunkt geltend und wollten, wenn ein Proteſtant Kirchendiebſtahl begehe, ihn gelinder als den Katholiken, ja Viele ihn ſogar überall nicht härter als beim weltlichen Diebſtahle ſtrafen[322]). Allmälig fand man aber auch die Beſtimmungen der Carolina überhaupt zu hart; Anfangs wurde die Feuertodſtrafe, ſpäter in den meiſten Fällen die Todesſtrafe durch die Praxis ausgeſchloſſen, und jetzt wird man wohl behaupten können, daß der Gerichtsgebrauch die Strafe des Kirchendiebſtahls als eine arbiträre behandele, und bei ihrer Feſtſetzung der Strafe des Diebſtahl, die er als ein weltlicher verdient haben würde, einen mehr oder weniger großen Zuſatz wegen des Umſtandes, daß er ein Kirchendiebſtahl iſt, beifügt[323]). Auf Todesſtrafe wird wohl kaum mehr von einem

---

gemeinen Diebſtahl geltenden Strafe feſtſtellen, vergl. auch Bambergenſis Art. 200.

319) Anderer Anſicht ſind ſehr Viele. S. dagegen beſonders Martin, §. 158, Note 2. Sollte man wohl behaupten können, daß die Carolina einen Juden, der einen Kirchendiebſtahl beging, gelinder behandeln wollte! Deßhalb wird ſich aber auch nach dem Sinne der Carolina das nicht rechtfertigen laſſen, was Martin, §. 158, in der Note 3 behauptet.

320) Richtig bemerkt Martin (§. 157, Note 12) unter Berufung auf Böhmer, daß, wenn gleich bereits Proteſtanten an der Abfaſſung der P. G. O. Theil genommen haben, doch das Dogma von der Natur und den Wirkungen der kirchlichen Weihe von Gefäßen und Gebäuden erſt ſpäter recht zur Sprache gebracht worden ſei.

321) Vergl. auch Heffter, §. 504. Viele Criminaliſten wollten deßhalb geradezu auf die Religion des erkennenden Richters Rückſicht nehmen.

322) S. die in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 321, lit. e, Angeführten.

323) Dabei nahmen auch viele Gerichte die perſönliche Rückſicht, indem ſie den katholiſchen Dieb, der an katholiſchen Kirchenſachen ſich verging, härter beſtrafen, als den Proteſtanten, der an katholiſchen oder proteſtantiſchen Kirchenſachen das Verbrechen verübte; ſo war es in den meiſten württemb. Gerichten Praxis. Dem Sinne der Carolina iſt es aber gewiß gemäßer, dieſen perſönlichen Geſichtspunkt ganz auszuſchließen. Die ſächſiſche Praxis ſtrafte den

Gerichte nach gemeinem Rechte erkannt; allein in welchem Maß die gemeinrechtliche Praxis den Kirchendiebſtahl härter beſtraft, als den weltlichen, darüber wird wieder etwas Gemeinſames mit Sicherheit nicht behauptet werden können.

Durch gelindere Strafe ausgezeichnete (ſogen. privilegirte) Diebſtähle.

1) der ſogen. Familiendiebſtahl. Die P. G. O., Art. 165, ſagt: wenn Jemand aus Leichtfertigkeit oder Unverſtand von Gütern, deren er ſonſt ein nächſter Erbe iſt, ſtehle, oder ſich dergleichen zwiſchen Mann und Frau begebe, und der Beſchädigte deßhalb Klage erhebe, ſo ſoll der Richter bei Rechtsverſtändigen Rath holen, auch nachſehen, was in ſolchen Fällen das gemeine Recht ſei, und ſich darnach halten; doch ſoll von Amtswegen nicht eingeſchritten, noch geſtraft werden. — Ueber dieſen allerdings etwas ungenau gefaßten Artikel iſt beinahe in allen Punkten von den älteren Zeiten bis auf die neueſte ſehr viel Streit. Beſonders beſtritten iſt die Frage, welche Fälle denn die Carolina eigentlich vor Augen gehabt habe, außer dem Fall des Diebſtahls zwiſchen Ehegatten [324]). Die Fälle des römiſchen crimen expilatae hereditatis können es nicht ſein, wie Manche wollten, da ja dieſes Verbrechen gerade von Solchen begangen wird, welche nicht Erben des Gutes ſind, an dem ſie ſich vergreifen. Auch wird es nicht der oben bei der Lehre vom Furtum Note 181 angeführte Fall ſein, wie Andere glaubten; denn augenſcheinlich ſpricht die Carolina vom Diebſtahle am noch lebenden Erblaſſer. Eben ſo wenig aber kann man den Artikel beſchränken auf den Diebſtahl der nächſten Inteſtaterben am lebenden Erblaſſer oder gar blos naher Blutsverwandter (ſo daß entferntere Verwandte, wenn ſie die nächſten Inteſtaterben wären, ausgeſchloſſen ſein würden), wie viele Andere annahmen. Vielmehr beſagen die Worte der Carolina nach grammatiſcher Auslegung, daß unter den Artikel jeder präſumtive nächſte Erbe, ſei er vertragsmäßiger, teſtamentariſcher oder Inteſtaterbe, der am lebenden Erblaſſer Diebſtahl begeht, fällt. Auch paßt auf deſſen That das Prädicat der Leichtfertigkeit und des Unverſtandes, das die Carolina ſeiner That gibt, wohl, weil ein ſolcher in dem Glauben handelt, er nehme eine Sache, die ihm ſpäter ganz oder theilweiſe doch zugefallen wäre [325]). Ob es aber dem Sinn der Carolina gemäß iſt, über ihre Worte hinaus noch anzunehmen, daß ihre Beſtimmungen auch auf den Diebſtahl eines nahen Familiengliedes, das nicht gerade der nächſte Erbe des Beſtohlenen iſt, z. B. den vom Enkel aus dem noch lebenden Sohne am Großvater begangenen, anzuwenden ſind, dieſes iſt zweifelhaft, aber nicht unwahrſcheinlich [326]).

Kirchendiebſtahl nicht mit ausgezeichneter Strafe, ſondern lediglich wie einen gemeinen, während das ſächſiſche Particularrecht vom eigentlichen Kirchendiebſtahle ſchweigt (es handelt blos vom eigentlichen Kirchenraub. Klien, S. 493 flg.).

324) Die verſchiedenen Anſichten hierüber ſind in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 323—327, angegeben.

325) Vergl. auch beſ. Heffter, §. 511, Note 1.

326) Vergl. Konopak, neues Archiv, Bd. 6, S. 278 flg.

Daß der Richter in den genannten Fällen nicht von Amtswegen einſchreiten darf, ſagt die Carolina beſtimmt, und dieſes befolgen auch mit Recht unſere Gerichte. Darf er aber ſtrafen, wenn der Beſchädigte klagt? Gegen eine allgemeine Bejahung dieſer Frage laſſen ſich manche Bedenken erheben. Der Artikel ſagt in Beziehung auf das richterliche Einſchreiten: der Richter ſoll das gemeine Recht erforſchen und ſich hiernach halten. Nach gemeinem Rechte iſt aber hier in vielen Fällen jede Strafe entſchieden ausgeſchloſſen, namentlich beim Diebſtahle zwiſchen Ehegatten, und dem der Eltern an Kindern und der Hauskinder am Hausvater (oben beim Furtum Note 151 flg.). Zwar ſagt die Carolina am Schluſſe, der Richter ſoll von Amtswegen nicht ſtrafen, gibt alſo hier die Möglichkeit einer Strafe, wenn geklagt wird, zu; allein dieß beweiſt nicht, daß hier in allen Fällen Strafe ſoll eintreten können, ſondern nur, daß ſie in den Fällen eintreten könne, in welchen ſie nach gemeinem Rechte nicht ausgeſchloſſen iſt, und dieß iſt ja der Fall, wenn der präſumtive Erbe nicht zur Kategorie der eben genannten Perſonen gehört[327]). Allein die herrſchende Anſicht bei unſeren Schriftſtellern, und wohl auch durchaus in unſeren Gerichten, geht dahin, daß, wenn der Beſtohlene klagt, der Richter eine Strafe zu erkennen habe, ſie aber weit milder ausmeſſen müſſe, als die Strafe eines gemeinen Diebſtahls iſt. Noch iſt zu bemerken, a) daß es unrichtig iſt, wenn die Meiſten beim Diebſtahle im Complotte und bei den ſogenannten gefährlichen Diebſtählen die milderen Grundſätze vom Familiendiebſtahle ausſchließen wollen. Die Carolina macht hier keine Ausſchließung[328]), und Leichtfertigkeit und Unverſtand kann auch zu ſolchen Diebſtählen die nächſten Erben verleiten. Nur beim bewaffneten Diebſtahle wird man die Ausſchließung zugeben. b) Auf ſolche Gehilfen und Miturheber, die nicht in dem von der Carolina geforderten Verhältniſſe zum Beſtohlenen ſtehen, iſt der Art. 165 nicht anzuwenden; bei ihnen tritt daher Verfahren von Amtswegen und die ordentliche Strafe des Diebſtahls ein; dagegen iſt auf den Gehilfen der Artikel anzuwenden, wenn er oder der Urheber, den er unterſtützt, in jenem Verhältniß ſteht (vergl. oben Note 157, 167).

II) Diebſtahl von Feld- und Gartenfrüchten. Diebſtahl an eßbaren Früchten vom Feld, wenn er bei Tage geſchieht und durch die Entwendung dem Eigenthümer kein großer Schaden zugefügt wird, ſoll nach Art. 167 der P. G. O. blos bürgerlich nach der Gewohnheit der Gegend beſtraft werden. Der Artikel ſetzt wohl hierbei voraus, daß der Diebſtahl zum Zweck des bloßen Genuſſes der Sache verübt wurde,

---

327) So glaube ich nun das modificiren zu müſſen, was ich in meinem Lehrbuch, Bd. 2, S. 327 flg., ausſprach. Unrecht haben jedenfalls diejenigen, welche, wie Feuerbach, unter Berufung auf das gemeine Recht behaupten, daß bei allen Fällen des Familiendiebſtahls alle Strafe ausgeſchloſſen ſei. Denn der Begriff der Carolina vom Familiendiebſtahle geht jedenfalls viel weiter, als die Strafloſigkeit des römiſchen Rechtes beim Diebſtahle an gewiſſen Familiengliedern.

328) Vergl. auch **L. 19. D. rerum amotarum**, und **L. 52. §. 2. de furtis.**

ſogen. Mundraub[329]). Allein es iſt nicht nur hierüber, ſondern auch über andere Punkte Streit; manche Aeltere wollen den Mundraub gar nicht zum Diebſtahle zählen, und deßhalb namentlich die Infamie ausſchließen[330]), und die ganze Faſſung des Artikels dürfte allerdings auch für dieſe Anſicht ſprechen; die Meiſten dagegen wollen ihn als Diebſtahl ſtrafen, nur mit gelinderer Strafe[331]), und Andere gehen ſogar ſo weit, ihn ganz wie einen gemeinen Diebſtahl zu beſtrafen[332]), oder wollen wenigſtens einen in eingehegten Gärten begangenen Mundraub wie gemeinen Diebſtahl behandeln[333]).

III) Holzdiebſtahl. Die Carolina, Art. 168, beſtimmt hierüber: wenn Jemand fremdes Holz diebiſcher Weiſe haut und ſich zueignet, ſo ſoll die Handlung nicht als Diebſtahl, ſondern nach Ortsgebrauch beſtraft werden; nur ſoll, wenn bei Nacht oder zu beſonders verbotener Zeit oder an Feiertagen die That geſchah, die Strafe geſchärft werden; dagegen ſollen die gewöhnlichen Diebſtahlsgrundſätze eintreten, wenn dem Eigenthümer ſein gehauenes Holz (z. B. das er im Walde aufgeklaftert hat) geſtohlen werde. — Dieſe Beſtimmung iſt wohl noch ein Ueberbleibſel von den alten teutſchen Grundſätzen über die zum Diebſtahle nöthige Verletzung der Wehre[334]), und wie man im älteren Rechte das Entwenden von Holz, das der Eigenthümer ſelbſt noch nicht gefällt hatte, gar nicht als Diebſtahl behandelte, ſo behandelt auch die Carolina dieſen Fall entſchieden nicht als Diebſtahl, und ſetzt das Holzſtehlen (Entwenden von bereits gehauenem Holze), und das verbotener Weiſe Abhauen und Sichaneignen von Holz als zwei völlig verſchiedene Verbrechen einander entgegen[335]). Deßhalb darf man auch im letzteren Falle nicht die allgemeinen Folgen des Diebſtahls (Infamie) eintreten laſſen. Auch die meiſten teutſchen Particularrechte werden mit dieſer Beſtimmung der Carolina übereinſtimmen. So wird nach württembergiſchem Rechte, wer Holz

329) Feuerbach, §. 352.

330) Z. B. Leyser, spec. 537. med. 5—7. Derſelben Anſicht war Carpzov (qu. 83. nr. 35 sq.), wenigſtens dann, wenn der Thäter die Sache ſofort verzehre. Daß die eben Genannten den Mundraub gar nicht ſtrafen wollten, wie Heffter, §. 513, Note 1, ſagt, iſt unrichtig; ſie wollen allerdings eine geringe Strafe, nur behaupten ſie, die That ſei nicht als Diebſtahl zu behandeln.

331) Dieſe gelindere Strafe wollen dann mit Unrecht Manche, z. B. Böhmer (ad art. 167. §. 3.), ſelbſt dann anwenden, wenn der Diebſtahl bei Nacht verübt wurde.

332) So glaubt Klien, S. 363, die Handlung ſei ein gewöhnlicher, nicht privilegirter Diebſtahl; denn der Art. 167 wende nur das auf Früchte an, was der Art. 157 ſchon vom erſten kleinen Diebſtahle beſtimme. Hingegen ſ. aber Roßhirt, Lehrbuch §. 180 a. E.

333) Z. B. Salchow, Lehrbuch, §. 362.

334) Das noch nicht gehauene Holz wurde noch nicht als im beſonderen Schutz des Berechtigten ſtehend betrachtet, vergl. oben Note 11—13; Sachſenſpiegel, II. 28, und beſonders Cropp, in Hudtwalcker's criminaliſtiſchen Beiträgen, Bd. 2, S. 31.

335) In unſeren Syſtemen iſt mit Unrecht der letztere Fall meiſt als eigentlicher (jedoch privilegirter) Diebſtahl aufgeführt. Er ſollte blos als Holzfrevel bezeichnet werden.

im Walde erſt fällt und ſtiehlt, nicht als Dieb, ſondern blos als Waldfrevler polizeilich, und zwar meiſt um Geld beſtraft.

Noch entſteht die Frage, ob die oben bei der Lehre vom Furtum bei Note 108—118 u. 130—188 angeführten, vom römiſchen Rechte nach beſonderen Grundſätzen behandelten Fälle auch bei uns nach beſonderen Grundſätzen zu behandeln ſind. Hierüber iſt zu bemerken:

I) An die Stelle deſſen, was das römiſche Recht über directarii, effractores und bewaffneten Diebſtahl beſtimmt, tritt bei uns die Beſtimmung der Carolina über die ſogen. gefährlichen Diebſtähle ein. Die Frage über die Strafbarkeit des Verſuches iſt hier nach teutſchem Rechte keinem Zweifel unterworfen.

II) Die Auszeichnung des abigeatus, des furtum balnearium und nocturnum und des saccularii hatte im römiſchen Rechte wohl zunächſt ihren Grund darin, daß man in dieſen Fällen eine öffentliche Strafe, wenigſtens electiv mit der Privatſtrafe, bald angemeſſen fand. Da aber eine ſolche nach teutſchem Rechte in allen Fällen des Diebſtahls ohnehin ſtattfindet und aus der ganzen Art und Weiſe, wie die Carolina den Diebſtahl behandelt, ſich ergeben dürfte, daß ſie alle Qualificationen des Diebſtahls erſchöpfend behandeln wollte, ſo nahmen mit Recht beinahe alle Criminaliſten, Theoretiker und Praktiker, wie Praxis, an, daß bei uns jene Fälle ganz nach den allgemein geltenden Diebſtahlsgrundſätzen und nicht mehr als beſondere Verbrechen zu behandeln ſeien. Unter den Neueren ſind namentlich dieſer Anſicht Klien, S. 394 flg.; Grolman, §. 183; Feuerbach, §. 348, 352; Roßhirt, Lehrb. §. 170, und Geſchichte und Syſtem, Bd. 2, S. 325; Heffter, §. 501, 503; Dollmann, S. 93; Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Das Gleiche muß auch vom Peculat gelten, ſo weit ſeine Fälle den Thatbeſtand des Diebſtahls an ſich tragen. Hier beſtreiten es aber Manche[336]) und behaupten, der Peculat ſei auch nach gemeinem teutſchen Rechte noch als beſonders ausgezeichnetes Verbrechen zu behandeln und im Allgemeinen mit Deportation oder einer ihr gleichkommenden Strafe und an Staatsdienern[337]) mit dem Tode zu beſtrafen. Gegen dieſe Anſicht ſind aber die vorhin angeführten Criminaliſten zu vergleichen[338]). Jedenfalls bemerkt Heffter richtig, daß im Zweifel hierüber der Gebrauch entſchieden habe, und ein innerer Grund zur Auszeichnung des Peculats nicht vorhanden ſei. Denn wenn Abegg (Lehrbuch, S. 485) behauptet, daß die gemeinrechtliche Praxis nicht die römiſchen Strafen, ſondern andere hier anwende, und dieſe Handlung auch, inſofern ſie nur als gewöhnlicher

---

336) Salchow, Verbrechen der Entwendung, S. 131, und beſ. Martin, Lehrbuch, §. 160, und nach ihm Abegg, Lehrbuch, S. 483 flg.

337) So überſetzten ſie die iudices in const. un. de crim. pec.; vergl. oben beim Furtum Note 148.

338) Beſonders auch Roßhirt, Syſtem, Bd. 2, S. 313. Nur Dollmann, a. a. O., hat Zweifel. Die Gründe, auf welche die entgegengeſetzte Anſicht geſtützt wird, möchten auch bei conſequenter Entwendung dazu führen, noch andere Fälle der römiſchen crimina extraordinaria bei uns als ausgezeichnete Diebſtähle zu beſtrafen.

Diebſtahl betrachtet werde, härter als dieſen ahnde, ſo beruht das Letztere wohl entſchieden auf einem Irrthum über die Praxis, wie ich dieß wenigſtens von Württemberg und Sachſen behaupten kann.

III) Beim crimen expilatae hereditatis waren es lediglich hiſtoriſche Gründe, aus welchen dieſes Verbrechen im früheren römiſchen Rechte nicht als Furtum behandelt werden konnte, und im ſpäteren nicht als ſolches behandelt wurde. Dieß kann aber unmöglich bewirken, daß wir die dahin gehörigen Fälle vom Bereich und den Grundſätzen des teutſchen Diebſtahls ausſchließen, ſofern ſie den Thatbeſtand des Diebſtahls an ſich tragen, und ſo kann es, womit auch die Praxis entſchieden übereinſtimmt, keinen Zweifel leiden, daß wenn Jemand aus einer vom Erben noch nicht in Beſitz genommenen Erbſchaft etwas entwendet, die Handlung durchaus als Diebſtahl zu beſtrafen iſt, falls die Erbſchaftsſachen nur von irgend Jemand detinirt wurden [339]). Eben ſo würde man auch die Handlung des Miterben, der eine Sache aus der gemeinſchaftlichen Erbſchaft ſich aneignet, wenn dieſelbe in der Detention eines Dritten war, als Diebſtahl (anderen Falls als Unterſchlagung) zu den an der Sache ſeinen Miterben zukommenden Theilen behandeln müſſen. Denn der Art. 165 der P. G. O. ſpricht nicht von dieſem Fall (oben nach Note 324), und den bei der Lehre vom Furtum Note 181 angeführten Grundſatz können wir wohl nicht mehr anwenden [340]), weil von dem Grunde einer ſubſidiären Natur der accusatio expilatae hereditatis bei uns keine Rede mehr ſein kann. Anders dagegen iſt es, wenn die Wittwe aus dem Nachlaſſe des Mannes eine Entwendung begeht. Nach römiſchem Rechte trat hier keine Strafe ein, und zwar aus denſelben Gründen, aus welchen überhaupt bei Furtum zwiſchen Ehegatten jede Strafverfolgung ausgeſchloſſen war (ſ. oben beim Furtum Note 152 und nach Note 181). Da nun dieſe Gründe der Art. 165 der P. G. O. anerkennt, ſo wird man jedenfalls ſagen müſſen, daß dieſer Fall nach den Grundſätzen des Familiendiebſtahls zu behandeln, alſo je nachdem man den Art. 165 auslegt, für ſtraflos zu erklären [341]), oder gelinder zu beſtrafen [342]) iſt.

IV) Ueberhaupt entſcheidet über die Anwendbarkeit der römiſchen Beſtimmungen in Beziehung auf Furtum zwiſchen Ehegatten und Eltern und Kindern der oben entwickelte Sinn des Art. 165 der Carolina.

---

339) Dieſes wird meiſt der Fall ſein; vergl. Klien, S. 392 flg.; Grolman, Bibliothek, Bd. 1, St. 2, S. 206. Dagegen will Martin, §. 161, die genannten Fälle nicht zum wahren Diebſtahle zählen. S. gegen denſelben noch Dollmann, S. 91. Wenn übrigens dort Dollmann ſagt, daß ich annehme, das crim. expil. hered. falle immer unter die wahren Diebſtähle, ſo hat er dabei die betreffende Stelle meines Lehrbuchs nicht genau nachgeſehen; auch führt er ſpäter dieſelbe Stelle S. 124 richtig an.

340) Anderer Meinung ſind Salchow, Verbrechen der Entwendung, S. 85, u. Feuerbach, Lehrb., §. 349, welche hier durchaus Strafloſigkeit wollen. S. dagegen unter Anderen Klien, S. 391.

341) So z. B. Martin, §. 161, Note 10.

342) S. z. B. Heffter, §. 514.

V) Ueber den furtum rei sacrae und religiosae ſ. oben bei Note 230.

VI) In Beziehung auf das furtum domesticum der Römer (oben beim Furtum Note 168) fallen bei uns die Sclaven und Freigelaſſenen weg, und wir verſtehen daher unter Hausdiebſtahl gewöhnlich den vom Hausgenoſſen an Perſonen der Familie begangenen Diebſtahl mit Ausſchluß der zum eigentlichen Familiendiebſtahl gehörigen Fälle, namentlich Diebſtahl von Seiten der im Lohn und Brot der Beſtohlenen Stehenden[343]). Uebrigens iſt hier bei Manchen die Terminologie verſchieden[344]). Dieſer Hausdiebſtahl iſt in den gemeinen teutſchen Geſetzen nirgends ausgezeichnet, weder, wie manche Aeltere wollten, mit einer gelinderen, noch, wie Andere wollten, mit einer härteren Strafe[345]). Das römiſche Recht aber hier anzuwenden, iſt unzuläſſig, da die Vorausſetzungen deſſelben, auf welche ſich hier die regelmäßige Ausſchließung einer Strafe ſtützt, bei uns nicht eintreffen[346]). Dieß nimmt auch das entſchiedenſte Gewohnheitsrecht an. Iſt aber dieſes anzunehmen, ſo muß man behaupten, daß der Hausdiebſtahl eben nach den beim Diebſtahle geltenden Grundſätzen zu ſtrafen iſt. Manche wollen nach dieſen Grundſätzen die arbiträre Strafe des Diebſtahls etwas höher ausmeſſen, wegen der beſonderen Verletzung der Treue[347]). Allein wohl mit Unrecht. Indeß thut jenes die Praxis ſehr häufig, und auch viele Particularrechte; die neueren teutſchen Geſetzgebungen ſtrafen aus dem gleichen Grunde den Hausdiebſtahl meiſt etwas härter.

Beſonders zu beachten iſt aber hier die Grenze zwiſchen Diebſtahl und bloßer Unterſchlagung, indem die Entwendungen von Seiten des Geſindes dann blos Unterſchlagung ſind, wenn ſie eine ihrer Verwahrung, Beſorgung, Aufſicht oder Bearbeitung anvertraute Sache ſich aneignen[348]).

Karl Georg Wächter.

Dies. Dieſer Kunſtausdruck kommt in den römiſchen Rechtsquellen in einer doppelten Bedeutung vor. In der einen bezeichnet er ein beſtimmtes Zeitmaß, in der anderen irgend eine aoriſtiſche Zeitbeſtimmung. Die erſte Bedeutung liegt dem Begriffe des naturalis und civilis dies zu Grunde[1]). Naturalis dies heißt der Tag im Gegenſatze der Nacht, alſo der Zeitraum vom Aufgang der Sonne bis zu deren Niedergang, und dieſe Bedeutung wird vorausgeſetzt, wenn von der

---

343) Klien, S. 373, 375.

344) Viele bezeichnen den Hausdiebſtahl durch furt. domesticum. Feuerbach nennt ihn Hausdiebſtahl oder furt. domest. improprium" (dagegen den Familiendiebſtahl furt. domest. proprium), und Grolman umfaßt unter dem teutſchen Worte Hausdiebſtahl den Familiendiebſtahl, den er eigentlichen, und den oben bezeichneten Hausdiebſtahl, den er uneigentlichen Hausdiebſtahl nennt.

345) Klien, S. 373; Heffter, §. 512.

346) S. beſ. Heffter a. a. O.

347) J. B. Günther, de furt. dom. (Lips. 1785) p. 21 sq.; Abegg, Lehrbuch, S. 488.

348) Hierüber vorzüglich Klien, S. 171 flg.

1) Censorinus, de die natali, ed. Lindenbr., cap. 23.

Eintheilung deſſelben in horae die Rede iſt. So ſpricht Pomponius[2]) von der sexta diei hora im Gegenſatze des mane, und Ulpian[3]) ſetzt die hora sexta diei der hora sexta noctis entgegen. Daß ſie indeß ſchon älter iſt, als die Eintheilung in horae, ergibt ſich daraus, daß ſchon das Zwölftafelgeſetz den genannten Zeitraum als ein beſtimmtes Zeitmaß bezeichnet hat[4]), und daß Varro[5]) und Macrobius[6]) gerade in Bezug auf die Worte dieſes Geſetzes den Sonnenuntergang als die letzte Zeit des dies bezeichnen. Unter civilis dies verſtanden die Alten einen zuſammenhängenden Zeitraum von vierundzwanzig Stunden mit Einſchluß der Nacht, ohne Rückſicht auf den Anfangspunkt, von welchem man ausging. Die Babylonier berechneten ihn von Sonnenaufgang bis zu Sonnenaufgang, die Athenienſer von Sonnenuntergang bis zu Sonnenuntergang, die Römer von Mitternacht bis zu Mitternacht[7]). Daher Paulus[8]) für das Pandektenrecht bezeugt, daß der dies nach römiſcher Sitte (more Romano) mit Mitternacht anfange und in der Mitte der folgenden Nacht endige. — Der Begriff des civilis dies liegt der Eintheilung der Tage in continui und utiles zu Grunde[9]). Mit jenem Kunſtausdrucke bezeichnete man ſolche Einzeltage in einem beſtimmten Zeitraume, welche nach der im Calender feſtgeſtellten Ordnung ohne Unterbrechung fortgezählt werden. Am deutlichſten ergibt ſich dieß aus dem Zeugniſſe des Modeſtinus[10]), welcher ein aus ſolchen Tagen beſtehendes Jahr ἐνιαυτὸς συνημμένων ἡμερῶν nennt, und aus der Erklärung der alten Gloſſen[11]). Auch beſtätigt ſich dieſe Anſicht durch den Gegenſatz der continui anni und alterni anni[12]), und durch eine Reihe von

2) L. 2. D. de annuis legatis. (33. 1.)

3) L. 7. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.)

4) Varro, de lingua Lat., VII. 51. VI. 5; Plinii hist. nat. VII. 60; Gell. noct. Att. XVII. 12. Censorinus, de die natali, cap. 23. Macrob. sat. I. 3. Festus, de V. S., s. v. supremum.

5) L. c. VII. 51.

6) L. c. I. 3.

7) Plinii hist. nat. II. 79; Gell. noct. Att. III. 2; Censorinus, de die natali, 23. Macrobius, sat. I. 3.

8) L. 8. D. de feriis. (2. 12.)

9) Continui dies ſteht in L. 4. §. 5. D. de statu liberis. (40. 7.) Modeſtin nennt ſie συνημμέναι ἡμέραι in L. 10. §. 3. D. de excusationibus. (27. 1.) Der Ausdruck utiles dies findet ſich in L. 2. pr. u. §. 1. D. quis ordo in possessionibus servetur. (38. 15.) Von der hierher gehörigen Literatur verdienen beſonders folgende Schriften Erwähnung: Bardi, de tempore utili et continuo in tractatu tractatuum, tom. V. p. 210 sq.; Bilger, diss. de diebus continuis (Altorf. 1709); Haubold, exercitatio iuris civilis de temporis continui et utilis computatione, in Eiusdem opuscula academica, ed. Wenck. tom. I. p. 397—438. Sehr gute Bemerkungen finden ſich über den annus utilis bei Buchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand (Göttingen 1831), S. 516—520.

10) L. 10. §. 3. D. 27. 1.

11) Glossae iuris in Ottonis thes. iuris, tom. III. p. 1756: κοντηνίως συναπτῶς μὴ δεχομένη περικοπήν τινα. Vergl. Haubold l. c. tom. I. p. 398.

12) L. 2. pr. D. quibus modis ususfructus. (7. 4.)

Stellen der römiſchen Juriſten, wo die Ausdrücke continui dies, continui anni, continuum tempus keine andere Deutung zulaſſen [13]). Dieſe Zeitberechnung bildet in den römiſchen Rechtsquellen die Regel, und iſt jedenfalls an den Stellen gemeint, in welchen von continuatio temporis [14]), von einem integer anniversarius annus [15]), oder von tempus iuge oder iugiter computandum die Rede iſt [16]). Ueber die Bedeutung des Ausdruckes utiles dies, anni etc. herrſcht unter den neueren Rechtsgelehrten Streit. Darin iſt man allerdings einig, daß in das utile tempus nur ſolche Tage eingerechnet werden, wo Jemand ſein innerhalb einer gewiſſen Zeit auszuübendes Recht geltend machen konnte, wozu vorausgeſetzt wird, daß kein Hinderniß der Ausübung deſſelben und der Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung (experiundi potestas) entgegenſtand, ſei es in der Perſon des Berechtigten ſelbſt, oder in Bezug auf den, gegen welchen das Recht zuſteht, oder in Anſehung der Obrigkeit, unter deren Mitwirkung das Recht geltend zu machen iſt [17]). Allein die Art und Weiſe, wie dieſe Grundſätze im concreten Falle zur Anwendung gebracht werden ſollen, wird ſehr bezweifelt. Nach der gewöhnlichen Meinung unterſcheidet man ein doppeltes spatium utile, eins in Beziehung auf den Anfangspunkt und den Verlauf der Friſt, was die neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich spatium plene utile nennen; das andere in Bezug auf den Anfangspunkt allein ohne alle Rückſicht auf den Verlauf, was die neueren Rechtsgelehrten spatium utile ratione initii, ratione cursus continuum nennen. Das erſtere iſt der Fall, wenn bei der Berechnung der Einzeltage, ſowohl in Rückſicht des Anfanges als des Fortganges alle die Tage ausgeſchloſſen werden, wo der Berechtigte von ſeinem Rechte keinen Gebrauch machen konnte, ſei es deßhalb, weil er von demſelben keine Kenntniß erhalten, oder, weil factiſche Hinderniſſe von der Geltendmachung deſſelben ihn abhielten, z. B. die für die Erbittung der bonorum possessio eingeräumte Friſt [18]). Ein spatium utile ratione

---

13) L. 7. D. quemadmodum servitutes amitt. (8. 6.) L. 6. D. de usu et usufr. leg. (33. 2.) L. 4. §. 5. D. de statu liberis. (40. 7.) L. 20. §. 6. L. 40. §. 2. D. ibid. L. 38. §. 3. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 16. §. 3. D. de publicanis et vectigalibus. (39. 4.)

14) L. 7. pr. C. de temporibus in integrum. (2. 53.)

15) L. 4. C. de susceptoribus. (10. 70.)

16) L. 1. C. de feriis. (3. 12.) L. 22. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.) L. 3. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (4. 39.) L. 14. C. de fundis patrimonialibus. (11. 61.)

17) L. 1. D. de diversis temp. praesc. (44. 3.) L. 6. D. de calumniatoribus. (3. 6.) L. 55. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) L. 6. §. 14. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) Der Name utilis dies, mensis, annus etc. hängt jedenfalls mit uti zuſammen. Darauf deutet utilitas temporis in L. 1. §. 3. D. 38. 15., und die Analogie der utiles actiones, welche deßhalb ſo genannt worden ſind, weil ſie eine Fiction in der Formula enthalten. An das Bindewort ut, uti darf man ſchon aus ſprachlichen Gründen nicht denken.

18) L. 2. pr. D. 38. 15.: Ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. L. 2. C. qui admitt. ad bon. poss. (6. 9.)

initii, ratione cursus continuum nimmt man in ſolchen Fällen an, in welchen die Zeitfriſt erſt von dem Momente an zu laufen fängt, wo der Berechtigte das ihm zuſtändige Recht erfahren hat, oder ſonſt ein Hinderniß für die Ausübung deſſelben weggefallen iſt, aber von da an ununterbrochen fortgerechnet wird [19]). Allein, wenn ſchon Beiſpiele ſolcher Berechnung in den römiſchen Rechtsquellen vorkommen, ſo werden doch die Friſten, welche auf dieſe Weiſe berechnet werden, niemals in den römiſchen Rechtsquellen mit dem Beinamen utilia tempora, utiles anni etc. bezeichnet. Auch iſt es ein Mißgriff, wenn man zur Unterſtützung dieſer Annahme ſich auf die im älteren Rechte vorkommende Berechnung der Appellationsfriſt berufen hat. Ferner kann man ſich zu gleichem Zwecke nicht der Stellen bedienen, welche beſagen, daß in manchen Fällen die Tage, an welchen der Kläger keine Bekanntſchaft mit ſeinem Rechte hatte, nicht in den utilis annus eingerechnet werden, da hier nur ſo viel geſagt werden ſoll, daß an ſolchen Tagen keine experiundi potestas anzunehmen ſei [20]). Endlich muß man ſich vor dem argen Mißverſtändniſſe mancher Rechtslehrer hüten, die Worte der römiſchen Rechtsquellen: intra annum, quo experiundi potestas fuit, ſo zu erklären: der annus utilis laufe, *nachdem* man zu klagen im Stande ſei. Vielmehr geht jener Ausdruck nicht auf den Anfang des annus utilis insbeſondere, ſondern auf deſſen Berechnung überhaupt, und drückt weiter nichts aus, als daß ein annus utilis aus 365 ſolchen Tagen beſtehe, an denen man wirklich klagen könne, mit Uebergehung aller der Tage, an welchen man durch beſondere Hinderniſſe vor Gericht aufzutreten verhindert ſei. Beachtet man dieß, ſo liegt es zu Tage, daß, wenn auch demjenigen experiundi potestas abgeſprochen wird, der ſein Recht nicht kennt, dieß nur den Sinn haben kann, daß Unkenntniß des Rechtes mit zu den Umſtänden gehörte, welche bei Berechnung des annus utilis den Ausfall gewiſſer Zeiten bewirkten [21]). Manche neuere Juriſten gehen noch weiter, und nehmen ſogar noch ein tempus ratione initii continuum, ratione cursus utile für das Pandektenrecht an, indem ſie behaupten, daß in manchen Fällen die geſtattete Friſt ſich unmittelbar an das in Frage ſtehende Factum anſchließe und gleichwohl die Einzeltage der Friſt nach den Grundſätzen der dies utiles berechnet würden. Allein dieſe Annahme fällt mit der oben erörterten wahren Bedeutung der spatia utilia zuſammen, und es iſt kein

19) *Ulpianus*, lib. 1. de appellationibus. L. 1. §. 7. D. quando appellandum (49. 4.): Dies autem istos, quibus appellandum est, ad *aliquid utiles* esse oratio Divi Marci voluit, si forte eius, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli dentur. Der Ausdruck ad aliquid utiles (gewiſſermaßen utiles) bezieht ſich auch hier nicht im Entfernteſten auf den Anfangspunkt der Zeitfriſt. Anderer Meinung iſt *Schilling*, Lehrbuch für Inſtitutionen und Geſchichte des röm. Rechtes, Bd. 1, S. 322.

20) L. 2. pr. D. quis ordo in bon. poss. (38. 15.) L. 6. D. de calumniatoribus. (3. 6.) L. 55. D. 21. 1. Die Wahrheit der im Texte angenommenen Anſicht ergibt ſich namentlich aus ſolchen Stellen, wo der annus utilis, quo experiundi potestas fuit, ſogleich an das nachtheilige Factum geknüpft wird. L. 42. §. 14. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)

21) Vergl. *Burchardi* a. a. O. S. 518 flg.

Grund vorhanden, neben dieſer noch andere Bedeutungen jenes Kunſtausdruckes ohne hinreichende Beweiſe anzunehmen. Bei der Berechnung ſolcher Friſten fallen nach dem Pandektenrechte folgende Tage aus: 1) Alle, an welchen der Kläger wegen Unkenntniß ſeines Rechtes oder des factiſchen Umſtandes, welcher ihm das Recht gewährt, ſein Recht nicht verfolgen konnte[22]). 2) Diejenigen, an welchen der Kläger durch äußere Begebenheiten gehindert wurde, ſein Klagerecht in Perſon geltend zu machen oder einem Anderen zu deſſen Geltendmachung gehörigen Auftrag zu ertheilen, z. B. wenn er in feindlicher Gefangenſchaft ſich befindet, oder im Gefängniſſe gehalten, oder durch Sturm an einem beſtimmten Orte gegen ſeinen Willen feſtgehalten, oder durch ein öffentliches Amt, was er bekleidet, gehindert wird[23]). 3) Alle Tage, an welchen der Kläger durch die Abweſenheit des Beklagten oder dadurch, daß der letztere nicht durch hinreichende legitimirte Bevollmächtigte vertreten wird, außer Stand geſetzt iſt, ſeine Anſprüche an ihn geltend machen[24]). Dahin wird auch der Fall gerechnet, wenn der Beklagte appellirt, und während der Dauer des Appellationsprozeſſes die zur Anbringung des Rechtsmittels feſtgeſetzte Zeit verſtreicht[25]). 4) Diejenigen, an welchen der Kläger ſein Recht nicht geltend machen konnte, weil er keine Gelegenheit hatte, die betreffende Obrigkeit anzugehen (**copiam praetoris non habuit**)[26]), z. B. wenn Ferien **extra ordinem** angeſagt wurden, oder der Prätor mit anderen Geſchäften überhäuft war, ſo daß er dem Antrage des Klägers kein Gehör ſchenken konnte[27]). Bei Berechnung der Appellationsfriſt bezog man dieſe Möglichkeit, die Obrigkeit anzugehen, nur auf die Fälle, wo der Magiſtrat in **publico** erſchien, und es kam mithin die Zeit des Gerichtsſchluſſes in Wegfall[28]), und wo der Magiſtrat in ſeiner Privatwohnung ſich befand, ohne Unterſchied, ob dieſe in der Stadt oder auf dem Lande lag[29]). Bei ſolchen Cognitionen, welche ein Decret verlangten oder eine **sessio pro tribunali** kamen natürlich auch diejenigen Tage in Wegfall, an welchen der Prätor nur **de plano** angegangen werden konnte[30]), und ſelbſt von den Seſſionstagen wurden die ausgelaſſen, an welchen der Prätor ſich nicht mit

---

22) L. 2. pr. D. 38. 15. L. 6. D. 3. 6. L. 55. D. 21. 1. Vergl. Burchardi a. a. O. S. 518, Note 46. Daher das didicisse in L. 8. C. de dolo malo. (2. 21.) Rechtsirrthum entſchuldigt freilich auch hier nicht. L. 1. §. 1. D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.) L. 10. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 6. C. qui admitti ad bon. poss. (6. 9.)

23) L. 1. D. 44. 3. L. 20. pr. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.) L. 2. pr. D. 38. 15. verbis: aut non potuerit. L. 11. §. 5. D. ad gem Iuliam de adulteriis. (48. 5.) L. 15. pr. D. ibid. L. 15. u. 21. C. ad legem Iuliam de adulterio et stupro. (9. 9.) Vergl. Haubold l. c. p. 402.

24) L. 1. D. 44. 3.

25) L. 39. pr. D. de minoribus viginti quinque annis. (4. 4.)

26) L. 1. D. 44. 3. L. 26. §. 7. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 1. §. 7—10. D. quando appellandum sit. (49. 4.) L. 6. C. 9. 9.

27) L. 2. §. 2. D. 38. 15. L. 26. §. 7. D. 4. 6.

28) L. 1. §. 8. D. 49. 4.

29) L. 1. §. 9. D. 49. 4.

30) L. 2. §. 1. D. 38. 15.

der Anhörung des Geſuches anderer Umſtände halber befaſſen konnte [31]). Gewöhnliche Feſttage, welche der Kläger hätte vorausſehen können und müſſen, werden in der Regel in die Friſt mit eingerechnet [32]). — Was den geſchichtlichen Urſprung dieſer Berechnungsart anbetrifft, ſo führen uns ſchon die Worte: experiundi potestas, welche damit in Verbindung gebracht werden [33]), auf das Edict hin. Auch beſtätigt ſich dieſe Vermuthung durch die uns erhaltenen Fragmente des prätoriſchen Edictes, in welchen die gedachten Worte häufig vorkommen [34]). Wahrſcheinlich gab die kurze Verjährungsfriſt der prätoriſchen Rechtsmittel dazu Veranlaſſung, das Jahr, für welches dieſelben von Anfang an beſtimmt waren, durch Interpretation auszudehnen, und nur die Tage, an welchen der Kläger ſein Recht verfolgen konnte, in den Zeitraum einzurechnen. Ob die von den Pontifices beſorgte Intercalation die erſte Urſache davon geweſen ſei, wie Haubold [35]) annimmt, bleibt immerhin ungewiß. Aus dem prätoriſchen Edicte ging dieſe Berechnungsweiſe in das Edict der aediles curules über [36]); auch wurde ſie durch die lex Iulia de adulteriis ſanctionirt [37]); endlich hat ein Senatsbeſchluß, welcher auf Veranlaſſung einer oratio des Marcus Aurelius gemacht worden iſt, einen Theil dieſer Grundſätze auf die Berechnung der Appellationsfriſt ausgedehnt [38]). — Daß für das Juſtinianiſche Recht die Berechnung der utilia tempora noch gelte, ergibt ſich theils aus dem Verhältniſſe der Pandekten und des Codex zur übrigen Geſetzgebung dieſes Kaiſers, theils daraus, daß der annus utilis für die Erbittung der bonorum possessio noch in den Inſtitutionen ausdrücklich beſtätigt wird [39]), endlich auch daraus, daß ſonſt der Ausdruck differentiam in L. 7. C. de tempor. in integr. rest. (2. 53.) ganz müßig da ſtünde, wenn man mit Manchen annehmen wollte, daß der Kaiſer in dieſer Conſtitution jede Spur der utilia tempora auch außerhalb des Kreiſes der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand habe aufheben wollen. Gewöhnlich führt man zwar für dieſe Anſicht noch L. 1. pr. C. de ann. exc. Ital. contr. (7. 40.) an, allein es müßte erſt bewieſen werden, daß die hier aufgehobene annalis exceptio, von der bemerkt wird, daß Einige ſie bis zu zehn Jahren ausgedehnt hätten, wirklich mit den temporibus utilibus in Verbindung geſtanden habe. Was die praktiſche Bedeutung des utilis annus für das heutzutage anwendbare röm. Recht betrifft, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß die oben erörter-

---

31) L. 2. §. 2. D. 38. 15.
32) L. 26. §. 7. D. 4. 6. L. 2. D. 2. 12. L. 11. §. 6. D. 48. 5.
33) L. 1. D. 44. 3. L. 55. D. 21. 1. L. 6. §. 14. D. 42. 8.
34) L. 1. pr. D. 42. 8. L. 1. pr. D. quod vi aut clam. (43. 24.) L. 1. §. 1. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 1. pr. D. uti possidetis. (43. 17.)
35) L. c. cap. II. p. 405.
36) L. 19. §. 6. D. 21. 1. L. 31. §. 22. L. 55. D. ibid. Vgl. Haubold l. c. cap. VI. p. 429.
37) L. 11. §. 5 u. 6. D. 48. 5. L. 21. D. 9. 9.
38) L. 1. §. 7. D. 49. 4.
39) §. 4 u. 6. J. de bon. poss. (3. 10.) Vgl. Burchardi a. a. O. S. 511.

ten Vorſchriften noch heutzutage in Anwendung kommen, inſoweit ſie mit unſerem veränderten Gerichtsweſen und dem gewöhnlichen Calender nicht in Widerſpruch treten. Bei dem Ausfall der Tage, an welchen keine Gerichtsſitzung gehalten wird, oder der Magiſtrat nicht Zeit hat, ſich mit dem Anliegen des Klägers zu beſchäftigen, bedarf es des Beweiſes halber wohl nur des gerichtlichen Atteſtes; bei den Hinderniſſen aber, welche dem Kläger entweder aus ſeiner eigenen Perſon oder aus der des Beklagten bei der Geltendmachung ſeines Rechtes entgegentreten, darf die experiundi potestas nicht in Abrede geſtellt werden, ſo lange dieſe Hinderniſſe nicht gehörig beſcheinigt ſind.

In der aoriſtiſchen Bedeutung heißt dies in der Kunſtſprache jede einem Rechtsgeſchäfte hinzugefügte Zeitbeſtimmung [40]. Man unterſcheidet in dieſer Beziehung zwiſchen einem Anfangstermin (dies oder terminus a quo genannt), d. h. einem ſolchen Zeitpunkte, von deſſen Eintritt der Anfang eines Rechtsgeſchäftes abhängig gemacht wird, und darauf bezieht ſich in den römiſchen Rechtsquellen der Ausdruck ex die [41]), und einem Endtermin (dies oder terminus ad quem genannt), d. h. einem ſolchen, von deſſen Eintritt das Wiederaufhören der Wirkſamkeit eines Geſchäftes abhängig gemacht iſt, und dieſen bezeichnen die römiſchen Juriſten bald mit dem Kunſtausdrucke in diem [42]), bald mit ad diem [43]).

Denkt man ſich eine Zeitbeſtimmung als Anfang eines Rechtsgeſchäftes, ſo tritt gewöhnlich der Fall ein, daß einzelne Rechte, welche ſich aus dem Rechtsgeſchäfte ergeben, ſofort in Wirkſamkeit treten, andere hingegen bis zum Eintritt des Zeittermins ſuspendirt bleiben. Die römiſchen Rechtsgelehrten unterſcheiden in dieſer Beziehung nicht allein bei letztwilligen Vermächtniſſen, ſondern auch bei Obligationen einen doppelten Anfangspunkt, den des Rechtsgeſchäftes und den der Klage aus dem Rechtsgeſchäfte [44]). Jenen bezeichnen ſie mit dem Ausdruck dies cedit, dieſen durch dies venit. Von jenem machen ſie die materielle Giltigkeit der Obligation abhängig (incipere debere pecuniam), von dieſem die Verfolgung derſelben vor Gericht (peti posse) [45]). Von jenem datiren ſie den Erwerb der Obligation als eines Vermögenstheiles und den activen

---

40) Auch den römiſchen Rechtsquellen iſt dieſer Sprachgebrauch nicht unbekannt, da die Ausdrücke in diem, in diem stipulatio fit und cum adiecto die stipulatio fit in §. 2. J. de verborum oblig. (3. 16.) für identiſch erklärt werden.

41) So ex die incipit obligatio in L. 44. §. 1. D. de obligationibus et act. (44. 7.)

42) So in diem confertur obligatio in L. 44. §. 1. D. 44. 7., in diem ususfructus legatur in L. un. §. 3. D. quando dies ususfructus legati. (7. 3.)

43) So hereditas ad diem non recte datur in L. 34. D. de heredibus instituendis. (28. 5.) Vgl. L. 44. §. 1. D. 44. 7.

44) L. 213. D. de V. S. (50. 16.) L. 21. pr. D. quando dies leg. (36. 2.)

45) L. 213. D. 50. 16. L. 21. pr. D. 36. 2. L. 44. §. 1. u. L. 46. pr. D. 44. 7. §. 2. J. 3. 16.

Uebergang auf die Erben [46]); von dieſem das Recht zur Mahnung [47]) und jeder andern, wenn auch nur außergerichtlichen, Geltendmachung des Anſpruchs [48]). Jenen denken ſie ſich als Anfangspunkt der Obligation, dieſen als Zahlungstermin [49]). Mit dieſen Anſichten hängen auch die weiteren Folgen zuſammen, welche den noch nicht betagten Forderungen in den römiſchen Rechtsquellen zugeſchrieben werden. Denn wenn ſchon der Zahlungstag derſelben noch nicht gekommen, ſo ſteht es doch in der Willkür des Schuldners, auch vorher zu zahlen, ſofern die Exiſtenz des Termins nur ſonſt gewiß iſt, und der Gläubiger iſt nicht befugt, dieſe Zeitbeſtimmung zur Zurückweiſung der früheren Zahlung für ſich zu benutzen [50]); ferner kann, was vor dem Eintritt des Termins gezahlt iſt, nicht als ein Indebitum mit der Condictionsklage in Anſpruch genommen werden, ſelbſt dann nicht, wenn die Klage auch vor dem Eintritte des Termins angeſtellt wird [51]); auch iſt zur Sicherung des Anſpruches, welcher aus einer noch nicht betagten Obligation entſteht, nicht allein eine Pfandbeſtellung [52]), ſondern auch eine Bürgſchaft [53]) möglich, und wenigſtens von dem Pfande wird uns ausdrücklich berichtet, daß die aus demſelben entſtehende Klage ſchon vor dem Eintritte des Zahltages angeſtellt werden könne [54]); eine Novation iſt auch bei noch nicht betagten Verbindlichkeiten zuläſſig [55]); ja ſogar ein Conſtitutum kann über dieſelben eingegangen werden, ſelbſt in der Art, daß die Zahlung aus dem Conſtitut auf einen früheren Termin verlegt wird [56]); endlich konnten dergleichen Forderungen auch bei der deductio, welche gegen den bonorum emptor gebraucht wird, in Abrechnung gebracht werden, obſchon ſie weder im vorjuſtinianiſchen Rechte bei dem cum compensatione agere [57]), noch im Juſtinianiſchen Rechte zur Begründung der Compenſationseinrede benutzt werden können [58]). Aus dem Geſagten ergibt ſich zugleich ſo viel als gewiß, daß, wenn ſchon die noch nicht betagten Forderungen mit den natür-

---

46) L. 3. u. L. 5. pr. D. 36. 2. L. 21. pr. D. ibid. Theoph. paraphr. inst. II. 20. §. 20. ed. Reitz tom. I. p. 454.

47) L. 49. §. 3. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

48) §. 2. J. 3. 16. L. 44. §. 1. D. 44. 7. L. 21. pr. D. 36. 2. L. 213. pr. D. 50. 16.

49) L. 38. §. 16. D. 45. 1. L. 70. D. 46. 3. L. 15. D. de annuis legatis. (33. 1.) L. 137. §. 2. D. 45. 1.

50) L. 17. D. 50. 17. L. 41. §. 1. D. 45. 1.

51) L. 10. L. 16. §. 1. u. L. 17. D. de condictione indebiti. (12. 6.)

52) L. 5. pr. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) L. 14. pr. D. ibidem.

53) Caius inst. III. §. 124. L. 6. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 35. D. iudiciis. (5. 1.) L. 50. pr. D. de peculio (15. 1.), vergl. mit L. 89. D. 45. 1.

54) L. 14. pr. D. 20. 1.

55) L. 5. D. de novationibus. (46. 2.)

56) L. 3. §. 2. D. de constituta pecunia. (13. 5.) L. 4. D. ibid. L. 2. pr. C. de constituta pecunia. (6. 18.)

57) Caius, inst. IV. §. 67.

58) L. 7. pr. D. de compensat. (16. 2.) L. 16. §. 1. D. ibid. Bei geſtundeten Forderungen hat indeß die Compenſationsbefugniß kein Bedenken. Vgl. L. 16. §. 1. D. ibid.

lichen Verbindlichkeiten viele Aehnlichkeit haben, welche ſich namentlich darin zeigt, daß auch dieſe nicht auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden können[59]), daß ſie ferner zu größerer Sicherheit des Gläubigers eine Pfand=[60]) und Bürgenbeſtellung[61]) zulaſſen, daß, wenn ſie erfüllt werden, eine Rückforderung mit der Condictionsklage auch hier überall nicht möglich iſt[61a]), und daß endlich auch ſie zur Novation[62]) und zum Conſtitut[63]) benutzt werden können, — ſie doch nicht mit denſelben verwechſelt werden dürfen, da die natürlichen Verbindlichkeiten das vor den nicht betagten Forderungen voraus haben, daß ſie auch auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden können[64]), und mithin auch zur Begründung der Compenſation tauglich erſcheinen[65]). Auch wird es jetzt möglich ſein, aus dem Geſagten die Unterſchiede der noch nicht betagten Verbindlichkeiten, und derer, welche von einer Suspenſivbedingung abhängen, zu entwickeln. Denn wenn ſchon dieſe letzteren das mit den erſteren gemeinſam haben, daß ſie vor dem Eintritt der Bedingung weder auf dem Wege der Klage, noch auf dem der Einrede geltend gemacht werden können[66]), ſo geben ſie doch dem Gläubiger bei weitem weniger Berechtigung, als die zuerſt genannten, da die bedingten Verbindlichkeiten nach den Anſichten der römiſchen Rechtsgelehrten nur die Hoffnung enthalten, daß die Obligation einmal zu Stande kommen, und etwas aus derſelben geſchuldet werden werde[67]), und gerade nur dieſe Hoffnung, und nichts mehr und nichts minder, auf die Erben activ und paſſiv übertragen wird, wenn die contrahirenden Perſonen vor dem Eintritt der Suspenſivbedingung ſterben[68]). Mit dieſer Anſicht hängt es zuſammen, wenn die römiſchen Rechtsquellen dem, welcher den Betrag der Obligation vor dem Eintritt der Bedingung gezahlt hat, die Condictionsklage auf Rückgabe des Gezahlten geſtatten[69]); die Pfandbeſtellung für die bedingte Verbindlichkeit nicht eher für wirkſam erklären, als bis die Bedingung, von der ſie abhängt, eingetreten iſt[70]); eine Novation über eine bedingte Verbind=

---

59) Theoph. paraphr. inst. III. 20. §. 1. L. 94. §. 3. D. de solut. et lib. (46. 3.)

60) L. 5. pr. D. 20. 1. L. 14. §. 1. D. ibid.

61) Theoph. l. c. III. 20. §. 1. L. 6. §. 2. u. L. 7. D. 46. 1. L. 16. §. 3. D. ibid.

61a) L. 19. pr. D. 12. 6. L. 64. D. ibid. ¦ L. 6. §. 2. u. L. 7. D. 46. 1. Theoph. l. c. III. 20. §. 1.

62) L. 1. §. 1. D. de novationibus. (46. 2.)

63) L. 1. §. 7. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

64) L. 94. §. 3. D. 46. 3. L. 8. §. 1. D. ratam rem. (46. 8.) L. 26. §. 9. D. 12. 6.

65) L. 6. D. de compensat. (16. 2.)

66) L. 213. pr. D. de V. S. (50. 16.)

67) §. 4. J. de verb. oblig. (3. 16.) Daher vor dem Eintritt der Bedingung von einem dies cedens der Obligation nicht die Rede ſein kann. L. 213. pr. D. de V. S. (50. 16.)

68) §. 4. J. 3. 16. §. 25. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.) L. 57. D. 45. 1.

69) L. 16. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.)

70) L. 5. pr. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.)

lichkeit im Allgemeinen zwar für zuläſſig erklären, doch mit dem Zuſatze, daß die Novation erſt von dem Augenblicke an, wo die Bedingung in Erfüllung geht, wirkſam ſei [71]), und endlich ein über eine bedingte Verbindlichkeit eingegangenes Conſtitut nur unter der Vorausſetzung, daß dieſelbe in Erfüllung geht, und von dem Augenblicke an, wo dieß geſchieht, als giltig anerkennen [72]). Auch darf man das Nämliche unbedenklich für die Bürgſchaft annehmen, welche über bedingte Obligationen eingegangen wird, da die römiſchen Rechtsquellen die Stellung von Bürgen für künftige Obligationen für zuläſſig erklären [73]).

Fragt man nach den Wirkungen, welche der Eintritt des Anfangstermins auf die von demſelben abhängig gemachten Obligationen hat, ſo iſt zunächſt wieder zu unterſcheiden zwiſchen einem *gewiſſen Anfangstermin* (certus oder certa dies), d. h. einem ſolchen, von welchem es ſchon im Voraus entſchieden iſt, daß und wenn er eintreten werde [74]), und zwiſchen einem *ungewiſſen* (incertus oder incerta dies), d. h. einem ſolchen, von dem man im Voraus nicht weiß, ob er jemals oder wenn er eintreten werde [75]). Die Wirkungen des beſtimmten Anfangstermins auf die Obligationen, welchen er hinzugefügt iſt, werden ſich am beſten detailiren laſſen, wenn man zwiſchen ſeiner weſentlichen und zufälligen Bedeutung unterſcheidet. Der weſentlichen Wirkungen gibt es nur zwei im römiſchen Rechte, nämlich 1) der Aufſchub der Fälligkeit der Forderung bis zum Ablaufe der dadurch geſetzten Friſt. Die ohne Hinzufügung eines ſolchen dies, pure eingegangene Obligation iſt im Augenblicke ihrer Eingehung nach den Anſichten der römiſchen Rechtsgelehrten zugleich begründet und fällig (dies cedit et venit), und der Schuldner kann ſogleich auf Erfüllung belangt werden (peti potest, actio nata est); der hinzugefügte Erfüllungstermin verſchiebt aber, ohne die Eingehung der Obligatio, den Erwerb der Forderung aufzuſchieben (dies cedit), die Fälligkeit (dies venit), die Verbindlichkeit zur Zahlung, die Klagbarkeit bis zum Ablaufe der geſetzten Friſt [76]). Damit hängt es zuſammen, wenn in mehreren Pandektenſtellen die Anſicht ausgeſprochen wird, daß die Hinzufügung des Zeittermins lediglich den Nutzen des Schuldners be-

---

71) L. 8. §. 1. D. 46. 2. L. 14. §. 1. D. ibid.

72) L. 19. pr. D. de constituta pecunia. (13. 5.)

73) L. 6. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 4. pr. D. ibid. §. 1 u. 3. J. de fideiussoribus. (3. 21.) L. 35. D. de iudiciis et ubi quisque. (5. 21.) L. 50. pr. D. de peculio. (15. 1.)

74) Caius, inst. I. 186., II. 250., III. 124. Ulp. fr. 24. 31. L. 21. pr. D. quando dies legatorum. (36. 2.) L. 70. D. solutionibus. (46. 3.)

75) L. 16. §. 1. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 30. §. 4. D. de leg. I. (30.) L. 77. §. 10. D. de leg. II. (31.) L. 1. pr. D. de condictionibus et demonst. (35. 1.)

76) §. 2. J. 3. 16. L. 21. pr. D. quando dies leg. (36. 2.) L. 44. §. 1. D. 44. 7. L. 46. pr. D. de V. O. (45. 1.) L. 41. §. 1 u. 2. D. ibid. L. 213. D. de verborum signif. (50. 16.) Vergl. v. Schröter, über die Regel dies interpellat pro homine, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 4, S. 137—140.

zweckt[77]). Dieſe Klagbarkeit tritt aber nach unzweifelhaften Zeugniſſen erſt dann ein, wenn der letzte Termin des feſtgeſetzten Zeittermines abgelaufen iſt[78]). 2) Die Aeſtimation der geſchuldeten Leiſtung richtet ſich nach dem der Obligation hinzugefügten gewiſſen Zeittermine[79]). — Die nur zufälligen Wirkungen des certus dies beruhen entweder auf beſonderer Verabredung, oder auf ſpecieller Verfügung der Geſetze zu Gunſten beſtimmter Perſonen. Auf den zuerſt angegebenen Grund laſſen ſich folgende Wirkungen zurückführen: daß, falls nach der Verabredung der Parteien von den ſpäter eingehenden Geldern Zinſen entrichtet werden ſollen, dieſe Zinſen mit dem Ablauf des Zahltages zu laufen anfangen[80]); daß ferner, wenn der Vertrag nur mit Rückſicht auf die Erfüllung zu einer beſtimmten Zeit geſchloſſen wird, z. B. falls ein Lieferungsvertrag vorliegt, deſſen Erfüllung für den Gläubiger nur inſofern Intereſſe hat, als ſie genau zur feſtgeſetzten Zeit erfolgt, der letztere theils an denſelben nur dann gebunden iſt, wenn die Leiſtung pünktlich erfolgt, theils im entgegengeſetzten Falle die Klage auf das Intereſſe erhält[81]); daß außerdem die Nachtheile, welche aus der dem Kaufvertrage hinzugefügten lex commissoria für den Käufer zu fürchten ſind, den letzteren ſchon dann treffen, wenn er die geſchuldete Summe dem Verkäufer nicht am feſtgeſetzten Termine angeboten hat[82]), und daß endlich die einem Geſchäfte hinzugefügte Conventionalſtrafe auch ohne vorhergehende Mahnung des Gläubigers ſchon dann fällig wird, wenn die verſprochene Leiſtung an dem beſtimmten Zahlungstage nicht erfolgt[83]). Auf ſpecielle Verfügung der Geſetze zu Gunſten beſtimmter Perſonen laſſen ſich folgende Wirkungen des gewiſſen Zahlungstermines zurückführen: daß bei Minderjährigen, welche eine von einem beſtimmten Zahlungstermine abhängige Forderung haben, ſchon der Ablauf des Termines hinreicht, um die mora ex re zu ihren Gunſten zu begründen[84]); daß ferner, wenn die mit der Freiheit beſchenkte Sclavin vor der Freilaſſung geboren, und zwar nach dem Tage, wo die Freiheit fällig war, inſofern eine mora ex re angenommen wird, als der Herr zur Freilaſſung des Partus gezwungen werden kann, während der Partus ſchon

---

77) L. 17. D. de R. I. (50. 17.) L. 41. §. 1. D. 45. 1. Auch das tempus iudicati wird nur zu Gunſten des zur Zahlung verurtheilten Schuldners erklärt. L. 7. D. de re iudicata. (42. 1.)

78) L. 42. D. 45. 1. L. 50. D. 44. 7. §. 2. J. 3. 16. §. 26. J. de inutilibus stipulat. (3. 20.)

79) L. 11. D. 42. 1. L. 4. D. de cond. trit. (13. 3.) L. 59. D. 45. 1. L. 22. D. de rebus cred. (12. 1.) L. 12. §. 1. D. si quis caut. (2. 11.)

80) L. 17. §. 4. D. de usuris. (22. 1.) L. 12. D. ibid.

81) L. 10. C. de actionibus emti venditi. (4. 49.)

82) L. 4. §. 4. D. de lege commissoria. (18. 3.)

83) L. 23. D. 44. 7. L. 47. D. de act. empti. (19. 1.) L. 77. D. de verbor. obligat. (45. 1.) L. 9. D. de naut. foen. (22. 2.) L. 21. §. 9. D. 4. 8. L. 9. pr. D. 22. 1. L. 23. pr. §. 1. 3. D. 4. 8. L. 12. C. de contrah. et committ. stipulatione. (8. 38.) — L. 9. §. 1. D. 22. 1. ſpricht von einer in die Form eines Zinsverſprechens gekleideten Conventionalſtrafe.

84) L. 5. C. de actionibus empti. (4. 49.) L. 3. C. ex quibus causis in integrum restitutio (2. 41.), vergl. mit L. 87. §. 1. D. de leg. II. (31.)

an und für ſich als ingenuus betrachtet wird, wenn er nach dem Tage geboren ward, wo die Mutter bereits auf Freilaſſung interpellirt hatte[85]), und daß endlich die Nachtheile, welche den Emphyteuticar treffen, falls er es unterläßt, den jährlichen Canon an den Grundherrn zu zahlen, oder aber die Quittungen über die Grundſteuern demſelben auszuantworten, nach Juſtinian's ſpecieller Verfügung auch ohne vorhergehende Mahnung des Grundherrn eintreten. — Der ungewiſſe Anfangstermin wird in der Regel nicht allein bei Obligationen[86]), ſondern auch bei letztwilligen Vermächtniſſen[87]) überall der Suspenſivbedingung in ſeinen Wirkungen gleichgeſtellt, und dieß zeigt ſich namentlich bei der vor dem Eintritt deſſelben geleiſteten Zahlung. Denn dieſe gilt nach den Anſichten der römiſchen Rechtsgelehrten beim unbeſtimmten Anfangstermine für unwirkſam[88]), bei dem beſtimmten hingegen hat ſie die volle Wirkung der Liberation[89]). Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn der einer Obligation hinzugefügte Anfangstermin nur in Anſehung der Frage, wann er eintreten werde, ungewiß iſt, z. B. der Todestag eines Menſchen, da auch hier die vor dem Eintritt des Zeittermines geleiſtete Zahlung zu keiner Zeit mit der Condiction revocirt werden kann[90]), und bei Legaten, welche auf die Todeszeit des Legatars geſtellt werden, wird der hinzugefügte Zeittermin nur als Zahlungstag betrachtet, ſo daß das Legat ſchon vorher vom Legatar erworben und auf deſſen Erben transmittirt wird[91]).

Von den Fällen, in welchen durch ſpecielle Verabredung der Parteien zu dem Geſchäfte ein Anfangstermin hinzugefügt wird, ſind die zu trennen, in welchen ein Erfüllungstermin entweder ſtillſchweigend zum Geſchäfte hinzutritt, oder aber durch beſondere Nachſicht des Gläubigers dem Schuldner gewährt wird. Das Erſte findet ſtatt, ſobald ein entfernter Zahlungsort von den Parteien feſtgeſetzt wird; denn dann muß dem Schuldner vor Anſtellung der Klage wenigſtens ſo viel Zeit gelaſſen werden, als er braucht, um von ſeinem jetzigen Aufenthaltsorte mit Bequemlichkeit an den Zahlungsort zu gelangen[92]), um ſo mehr, da der Schuldner bei der Zahlung auch ſonſt nicht an die Minute gebunden iſt[93]). Das Letzte kommt bei den geſtundeten Forderungen vor. Gerade hier würde es unbillig ſein, wenn man die durch die Nachſicht des Gläubigers bewilligte Zeitfriſt zu deſſen Nachtheil benutzen wollte. Auch ſcheinen die römiſchen Rechtsquellen dieſe Anſicht zu beſtätigen, da ſie geſtundete Forderungen als zur Compenſationseinrede tauglich anerkennen[94]).

---

85) L. 26. §. 1. D. de fid. lib. (40. 5.) L. 53. pr. D. ibid.

86) L. 45. §. 3. D. 45. 1. L. 38. §. 16. D. ibid., vergl. mit L. 70. D. de solut. et lib. (46. 3.)

87) L. 75. D. 35. 1. L. 21. pr. D. 36. 2. L. 22. pr. D. ibid.

88) L. 38. §. 16. D. 45. 1.

89) L. 38. §. 16. D. 45. 1. L. 70. D. 46. 3.

90) L. 10. L. 16. pr. §. 1. u. L. 17. D. 12. 6.

91) L. 79. pr. D. 35. 1. L. 4. §. 1. D. 36. 2., vergl. mit L. 79. §. 1. D. 35. 1.

92) L. 2. §. 6. D. de eo, quod certo loco. (13. 4.) L. 137. §. 2. D. 45. 1. L. 73. pr. D. 45. 1.

93) L. 105. D. 46. 3. L. 21. §. 1. D. 13. 5.

94) L. 16. §. 1. D. de compensationibus. (16. 2.)

Den Endtermin anlangend, ſo iſt es allgemein anerkannt, daß nicht allein bei Obligationen, ſondern auch bei letztwilligen Verordnungen ohne Weiteres auf Erfüllung geklagt werden könne, wenn nur ſonſt das Geſchäft von keiner Suspenſivbedingung oder einem Anfangstermine abhängig gemacht worden iſt; ja die Verpflichtung, den Gegenſtand der Obligation zu leiſten, und die derſelben entſprechende Berechtigung des Gläubigers dauert nach einer Subtilität des römiſchen Rechtes juriſtiſch (ipso iure) auch noch nach dem Eintritt des Endtermines fort, ſie wird aber factiſch dadurch unwirkſam gemacht, daß dem Schuldner nachher eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers geſtattet wird [95]). Dieſe Einrede heißt in den römiſchen Rechtsquellen bald exceptio pacti conventi, bald exceptio pacti, bald exceptio doli mali, und gerade dieß deutet darauf, daß die Hinzufügung des Endtermines als eine beſondere Verabredung der Parteien über die Wiederauflöſung des von Anfang an giltigen Geſchäftes betrachtet wurde, gerade wie dieß bei den Reſolutivbedingungen der Fall war [96]). Allein man blieb nicht allein bei den Obligationen ſtehen, ſondern dehnte dieſe Grundſätze auch auf ſolche Rechte aus, welche das Merkmal der Dauer an ſich tragen und ihrer Natur nach nicht vorübergehend ſind. So bei der Eigenthumsübertragung [97]), bei der Beſtellung einer Dienſtbarkeit [98]) und bei der Ertheilung eines Legates [99]). Vom Standpunkte des Juſtinianiſchen Rechtes aus darf man wohl behaupten, daß dieſe Subtilität abgekommen ſei, und mithin der Eintritt des Endtermines das ganze Recht ſchon ipso iure zerſtöre. Zunächſt wurde dieß in Betreff der Schenkungen und Contracte durch kaiſerliche Conſtitutionen ſanctionirt [100]) und ſpäterhin auch auf Legate und Fideicommiſſe übertragen [101]). So erklärt ſich ganz einfach, wie in die Juſtinianiſchen Pandekten die allgemein ſprechende L. 52. §. 3. D. de pactis (2.14.) neben anderen Stellen, welche das ältere Recht enthalten, eingetragen werden konnte.

Manche Rechtsgeſchäfte und Rechtshandlungen laſſen weder einen Anfangstermin, noch einen Endtermin zu. Dahin gehören die ſogenannten actus legitimi (ſ. dieſen Art.), ferner die legis actiones [102]), welche durch einen Beiſatz dieſer Art vernichtet wurden [103]). Auch die teſtamen-

95) L. 56. §. 4. D. 45. 1. L. 44. §. 1. D. 44. 7. §. 3. J. de verbor. obligat. (3.16.) Zu allgemein ſpricht L. 52. §. 3. D. de pactis. (2. 14.)
96) L. 2. D. de in diem addictione. (18. 2.) L. 3. D. de contr. empt. (18. 1.) L. 1. D. de lege commissoria. (18. 3.)
97) Fr. Vat. §. 283. L. 2. C. de donationibus, quae sub modo. (8. 55.) Vergl. Rudorff, das Recht der Vormundſchaft, Th. 1, S. 294.
98) L. 4. pr. D. de servitutibus. (8. 1.)
99) L. 44. §. 1. D. 44. 7.
100) L. 2. C. 8. 55. L. 26. C. de legatis. (6. 37.) Vergl. L. 1. C. 8. 55.
101) L. 26. C. 6. 37. S. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4, S. 455.
102) Fr. Vat. §. 318. Caius, inst. IV. 11.
103) Von den actus legitimi ſprechen L. 77. D. de R. I. (50. 17.), Fr. Vat. §. 329, L. 4. D. de acceptilatione (46. 4.), L. 6. §. 1. D. de tutelis

tariſche Erbeinſetzung konnte weder bis zu einem Termine, noch von einem Termine an geſchehen[104]), freilich mit dem Unterſchiede, daß fehlerhafte Erbeinſetzungen der Art ohne Rückſicht auf den hinzugefügten Zeittermin aufrecht erhalten wurden. Heimbach.

Dignität iſt im Allgemeinen die durch perſönliche, im Beſonderen die durch amtliche Verhältniſſe begründete Ehrerbietung [1]). Indem hier die Rückſicht auf das Amt als entſcheidend betrachtet wird, verſtehen wir unter Dignität eine vermöge deſſelben erlangte bevorzugte Anerkennung (Präeminenz), ſei es, daß dieſelbe auf Rechten der Regierung beruht, oder mit einer bloßen Ehrenſtelle verbunden iſt. Beides erleidet eine Anwendung auf die Stellung von Perſonen im weltlichen (bürgerlichen) und religiöſen (kirchlichen) Gebiete und erfordert demnach eine geſonderte Betrachtung.

Im Staate, als einer in beſtimmter, wenn gleich verſchiedener Verfaſſung geordneten Geſellſchaft, haben außer dem Haupte, das ſich im Beſitze der höchſten Dignität (maiestas) befindet, auch alle verwaltenden Perſonen (Beamte) eine gewiſſe Dignität. Techniſch wird dieſe aber nur Einzelnen als eigentlichen Würdenträgern beigelegt, worüber ſtets die beſondere Verfaſſung entſcheidet. So ſind ſchon im römiſchen Reiche, beſonders ſeit dem vierten Jahrhunderte, viele Hof- und Staatsdiener dignitates [2]), nicht minder ſpäter in Teutſchland. Hier findet ſich der Ausdruck d i g n i t a s, ſo wie das teutſche Wort W ü r d e für den Kaiſer und die Landesherren, als dem Curialſtil entſprechend, lange im Gebrauche [3]). Außerdem erſcheinen als Dignitäten die aus den alten Antruſtionen und Leudes hervorgegangenen erſten Hof- und Staatsbeamten [4]), ſowohl Geiſt-

---

(26. 1.), L. 51. §. 2. D. de adquirenda vel omittenda hereditate (29. 2.); von den legis actiones Fr. Vat. §. 318.

104) L. 34. D. de heredibus instit. (28. 5.) §. 9. J. de hered. instit. (2. 14.) Vgl. L. 88. D. 28. 5. L. 13. §. 1. D. de liberis et postumis. (28. 2.) L. 17. §. 10. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.)

1) Man vergl. überhaupt die Lexica und Gloſſare s. v. d i g n i t a s. Die Rechtsquellen, mit denen wir es hier zu thun haben, brauchen den Ausdruck in mannigfachen Bedeutungen, die ſich aber auf die perſönliche oder amtliche Stellung zurückführen laſſen. In jener Rückſicht iſt er oft gleichbedeutend mit honestas überhaupt und bildet als integra dignitas den Gegenſatz von infamia. M. ſ. z. B. L. 2. 3. §. 1. D. de testibus (22. 5.), u. a. c. 1. C. de infamibus (10. 57.); dann wird er auf das elterliche Verhältniß angewendet, indem es z. B. heißt: patria dignitas, quaesita per adoptionem (L. 13. D. de adoption. [1. 7.]). Amtlich vom Conſul, Prätor u. ſ. w., Senator (vergl. J a c. G o t h o f r e d u s, Paratitlon zum Cod. Theod. lib. VI. tit. II; D i r k s e n, manuale latinitatis s. h. v.).

2) Man vergl. beſonders die bekannte Notitia dignitatum utriusque imperii, ed. nov. Böcking. (Bonn 1839, 1840), und den Anm. 1 cit. J a c. G o t h o f r e d u s.

3) Viele Belege gibt P f e f f i n g e r im Vitriarius illustratus lib. I. tit. IV. pag. 385 sq.

4) Ueber dieſe ſ. m. B u r i, Erläuterung des in Teutſchland üblichen Lehnrechtes, S. 239 flg.; v. F ü r t h, die Miniſterialen (Cöln 1836, 8.), 135 flg. Vergl. E i c h h o r n, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, I. §. 25, b u. a.

liche als Weltliche (sacerdotes atque proceres), als Reichsſtände[5]). Sie bilden in ihrer weiteren Entwickelung zwei Claſſen, nämlich 1) die der Reichsfürſten und 2) die der Grafen und Herren (Herrenſtand), aus Geiſtlichen und Laien beſtehend. Sie ſind als Landesherren, freie Prälaten und Herren der hohe Adel. Seit dem dreizehnten Jahrhunderte werden auch die Reichsſtädte durch Rathsglieder auf dem Reichstage repräſentirt und ſeit dem funfzehnten Jahrhunderte bildeten dieſelben drei Collegien, deren Mitglieder als Dignitäten zu betrachten ſind. Analoge Verhältniſſe wurden in den einzelnen Territorien durch die aus dem Einigungsweſen hervorgehenden Landſtände (Prälaten, Herren und Ritter) begründet, und wenn auch ſowohl in Beziehung auf das Reich, als die teutſchen Lande die ſpäteren Ereigniſſe die weſentlichſte Umgeſtaltung veranlaßt haben, ſo ſind doch durch das Particularrecht, die beſonderen Grundgeſetze und Verfaſſungsurkunden in Betreff der Dignitarien Beſtimmungen ergangen, wie ſie den veränderten Staatseinrichtungen entſprechen. Vorzugsweiſe bezieht ſich der Begriff der Dignität jetzt auf gewiſſe Hof-, Staats- und Kirchenchargen, welche in den Handbüchern über Hof und Staat der einzelnen Länder genau aufgeführt ſind[6]).

In ſelbſtſtändiger Weiſe, wenn gleich in beſtimmtem Zuſammenhange mit den Staatseinrichtungen, haben ſich die Grundſätze über die kirchlichen Dignitäten feſtgeſtellt[7]).

Der Ausdruck dignitas, mit praelatura, personatus, officium oft gleichbedeutend gebraucht[8]), kommt wie alle dieſe Prädicate in ſehr verſchiedenem Sinne vor. Im Allgemeinen liegt aber immer darin eine Präeminenz, welche Folge eines kirchlichen Amtes iſt. Jeder Geiſtliche, der ſich in einem Kirchenamte (officium ecclesiasticum) befindet, hat eine kirchliche Gewalt (maioritas)[9]) und inſofern er dauernd ein Amt bekleidet, wird er persona, praelatus[10]). Da aber das Kirchenamt ein höhe-

---

5) Runde, Abhandlung vom Urſprung der Reichsſtandſchaft der Biſchöfe und Aebte. Göttingen 1775, 4. Dazu vergl. man Eichhorn a. a. O. I. §. 121, 122.

6) M. ſ. im Allgemeinen die Artikel Dignitar und Dignität von v. Boſſe, in Erſch und Gruber allgem. Encyclopädie, Sectio I, Th. 25, S. 191 flg. — Ein tieferes Eingehen in die bürgerlichen Rang- und Standesverhältniſſe, inſoweit ſich gewiſſe rechtliche Folgen daraus herleiten laſſen, konnte hier natürlich nicht beabſichtigt ſein und muß in anderen Artikeln des Rechtslexikons erfolgen. M. ſ. darüber auch den Art. Beamte.

7) Vergl. Tit. X. III. 5. in VI. III. 4. Clem. III. 2. de praebendis et dignitatibus. — Van Espen, ius eccles. universum P. II. tit. XVIII. cap. II.

8) M. ſ. die ſpeciellen Nachweiſungen bei Gonzalez Tellez ad cap. 8. X. de rescriptis nr. 6 (T. I. p. 105), zum c. 6. X. de consuetudine nr. 8 (eod. p. 191), zum cap. ult. X. ut lite pendente nr. 3 (T. II. p. 308), zum cap. X. de praeb. et dignit. nr. 13 (T. III. p. 127) u. a. m. Hoſtienſis erklärt daher unter Anderem in der Summe zum Tit. X. de praeb. et dignit.: Dignitas est quaedam praeeminentia in gradu, quae aliquando vocatur personatus.

9) Tit. X. de maioritate et obedientia. (1. 33.)

10) Der vicarius perpetuus, nicht aber der commendatarius (complementarius), welcher nutu episcopi amovibilis iſt, gehört daher ſchon hierher und

res oder geringeres ſein kann, ſo wird ſtreng genommen nur derjenige persona oder praelatus genannt, welcher ein officium maius inne hat und dem deßhalb eine dignitas zugeſprochen wird.

Der Grund der dignitas in höherer Abſtufung liegt in der katholiſchen Kirche zunächſt in einem höheren Ordo, alſo überhaupt in der hierarchia ordinis [11]). Unter ſolchen, die einen gleichen Ordo haben, entſcheidet der längere Beſitz deſſelben [12]) oder auch wohl die Rückſicht darauf, daß die Ordination von der apoſtoliſchen Kirche ertheilt iſt [13]). Außerdem und vorzugsweiſe hängt aber der kirchliche Rang von der Stellung ab, welche der Geiſtliche in der hierarchia iurisdictionis einnimmt. Wer eine iurisdictio nomine proprio ausübt, möge er dieſelbe als ein urſprünglich ſelbſtſtändiges Recht (iurisdictio ordinaria) oder auch erſt durch Uebertragung (iurisdictio extraordinaria und delegata) [14]) erlangt haben, hat im eigentlichen Sinne eine Dignität oder Prälatur.

Quellenmäßig und richtig unterſcheidet Benedict XIV. in ſeiner Schrift de synodo dioecesana (lib. III. cap. 3. init.): Dignitas, personatus et officium saepe promiscue accipiuntur, stricte tamen et iuxta iuris apices, distincta sunt beneficia. Dignitatem quippe obtinere dicitur, qui ratione beneficii, quod possidet, praeeminentiam habet, cum iurisdictione in foro externo, sicuti olim erat et alicubi etiam nunc est Archidiaconus: Personatum, qui solam praeeminentiam sine iurisdictione, uti Prior et Decanus: Officium, qui nec praeeminentiam, nec iurisdictionem, sed administrationem dumtaxat habet aliquarum rerum ad ecclesiam pertinentium, uti Sacrista et Thesaurarius. Hi omnes, lato quodam loquendi modo, dicuntur Praelati et ea propter, si sint de clero seculari, nec privilegio post Tridentinum impetrato excusentur, tenentur Synodo Dioecesanae interesse.

So richtig dieſe Diſtinction aber auch iſt, ſo fehlt doch eine nähere Berückſichtigung des hie und da abweichenden Sprachgebrauches und eine, freilich nicht beabſichtigte, hier aber nothwendig hinzuzufügende, Nachweiſung der einzelnen in dieſe Kategorie gehörenden Kirchenämter.

Da zum Begriffe der Dignität weſentlich ein mit eigener Jurisdiction (iurisdictio propria) verbundenes Kirchenamt gehört, ſo beſaßen urſprünglich dieſe Würde nur wirkliche Diöceſanbiſchöfe. Im Verlaufe der Zeit

---

wird auch von Alexander III. ausdrücklich persona genannt; cap. 8. X. de filiis presbyterorum (1. 17.), vergl. cap. 10. 11. 13. X. eod. — Wegen des Ausdruckes praelatus für jeden Pfarrer ſ. m. noch die bei Gonzalez Tellez ad cap. 3. X. de officio iudicis ord. (1. 31.) not. b (tom. I. p. 756) citirten Stellen.

11) Man vergl. ſtatt vieler Stellen, in denen zugleich auf materielle Vortheile u. ſ. w., die mit dem höheren Ordo verbunden ſind, hingewieſen wird, cap. 15. X. de mai. et obed. (1. 33.)

12) Cap. 1. X. de M. et O. (1. 23.)

13) Cap. 7. X. de M. et O. Dazu vergl. man Gonzalez Tellez, nr. 3 (T. I. p. 829).

14) Eine genauere Entwickelung der hier gebrauchten Begriffe wird in dem Art. von der geiſtlichen Gerichtsbarkeit erfolgen.

gelangten aber auch andere kirchliche Beamte zu einer nomine proprio geübten Jurisdiction oder wenigſtens zu einem dignitariſchen Range, ſo daß man drei Claſſen von Dignitäten oder Prälaturen unterſcheiden kann.

I) **Dignitates pontificales** oder praelaturae sensu proprio, die eigentlichen und urſprünglichen Prälaten[15]), die Biſchöfe, unter deren Begriff auch der Papſt, Primaten und Erzbiſchöfe ſchon darum fallen, weil dieſelben zugleich als Biſchöfe eigener Diöceſen erſcheinen[16]). Als Dignitäten gelten daher auch nicht bloße Weihbiſchöfe und nur inſofern Titularbiſchöfe, als dieſen ausnahmsweiſe noch wirklich biſchöfliche Jurisdictionsrechte zuſtehen und ſie auch nicht immer ohne alle Diöceſe ſind[17]).

II) **Dignitates maiores** oder praelaturae secundariae. Dazu gehören ſolche, denen wegen Verleihung von Jurisdictionsrechten, wegen beſonderer Privilegien, unvordenklichen Beſitzes oder vermöge beſonderer Obſervanz eine Dignität zu Theil geworden iſt. Zu dieſer Claſſe ſind zu rechnen:

1) die **Cardinäle**, welche ihrem Range nach aber unmittelbar auf den Papſt folgen, und daher ſelbſt den Primaten vorgehen[18]);

2) **Legaten und Nuntien des Papſtes**[19]);

3) **die früheren Archidiaconen und Archipresbyteren**[20]), und inſofern ihnen die erforderliche Gerichtsbarkeit zuſtand, auch die Pröpſte Decane, Cuſtoden, Scholaſter der Domſtifte[21]);

---

15) Der Ausdruck praelatus findet ſich im Texte des Decretes noch nicht, wohl aber kennt ihn **Gratian**, der ihn vorzugsweiſe vom Biſchofe braucht: Non omnes **praelati** pro praelatis habentur; nomen enim non facit **episcopum**, sed vita (§. 7. post. c. 27. C. II. q. VII.). In einem weiteren Sinne hat **Gratian** (l. c. §. 5. 6) das Wort, wenn es heißt: Probatur, quod subditi praelatos suos accusare non possunt, etiam si religiosi fuerint.

16) Ordo episcoporum quadripartitus est, id est, in Patriarchis (— sicut est Romanus), Archiepiscopis, Metropolitanis atque Episcopis. C. 1. §. 1—8. dist. (**Isidor.** Etymol. c. a. 630).

17) S. **Benedict.** XIV. de synodo dioec. lib. II. cap. VII; vergl. **Gonzalez Tellez** ad cap. 7. §. 1. X. de electione nr. 10 in fin. (T. I. p. 252) u. A.

18) Cardinales, etsi episcopali careant charactere, ob eorum tamen officii ac dignitatis praestantiam episcopis praeferuntur, supra quos sedisse legimus in Concilio Lugdunensi I. etc. **Benedict.** XIV. de synodo lib. III. cap. X. S. **Thomassin**, vetus ac nova eccl. discipl. P. I. lib. II. cap. 113, 114; vergl. auch oben den Artikel **Cardinal**, Bd. II, S. 568, Anm. 6.

19) Ueber das Rangverhältniß derſelben iſt öfter geſtritten worden. M. ſ. z. B. den intereſſanten Bericht in der Legatio apostolica Petri Aloysii Carafae episcopi Tricariensis etc. (edd. Ginzel, Wirceburg. 1840, 8.) p. 88, 89, 100, 101.

20) Cap. 3. X. de officio iud. ord. (1. 31.) (Alexander III. a. 1170). Vergl. J. H. **Böhmer** zu dieſen Stellen, cap. 1. X. de eo, qui furtive ordinem suscepit (5. 30.) (Alex. III. a. 1180). M. ſ. die Art. **Archidiaconus** und **Archipresbyter** oben Bd. I. — Entſcheidend für das Wegfallen der Dignität wurde, außer verſchiedenen particularen Normen, beſonders Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 3. 20. de reform.

21) In vielen teutſchen Diöceſen waren mit dieſen Stiftsſtellen zugleich Ar-

4) Häupter von Stiftern, Klöſtern, Ritterorden. Dieſe waren zum Theil von der biſchöflichen Gewalt eximirt (praelati nullius dioeceseos), hatten ſelbſt biſchöfliche Jurisdiction und Pontificalrechte (ius episcopale seu dioecesanum vel quasi), und ſind, wenn gleich ſpäter im Verhältniſſe zum Biſchofe vielfach beſchränkt, doch Dignitarien geblieben[22]).

III) Dignitates oder praelaturae honorariae, personatus, denen eine Präeminenz allein, ohne Jurisdictionsrechte zuſteht. In dieſe Kategorie fallen jetzt beſonders die unter Nr. II, 3, aufgeführten Beamten; doch laſſen ſich weniger allgemein die Dignitarien hier nachweiſen, da vielmehr die beſonders hergebrachten Rechte und Obſervanzen entſcheidend ſind. Hier kommt es daher auch beſonders auf den Sprachgebrauch an, da, wie oben erinnert, die Ausdrücke dignitas, persona, praelatus eine engere und weitere Bedeutung haben, und aus den mit einem Amte verbundenen Vorrechten ſich häufig erſt entnehmen läßt, welche Bedeutung vorausgeſetzt werden müſſe. In Teutſchland werden die erſte oder die beiden erſten Stiftsſtellen, die des Propſtes und Decans, allgemein als Dignitäten[23]), die folgenden beſonderen Aemter der Capitel als Perſonate betrachtet. Die Gewohnheit entſcheidet, ob ſie zugleich Dignitäten oder Prälaten genannt werden[24]).

Die Rechte der Dignitarien geſtalten ſich mit Rückſicht auf die angedeuteten Stufen in kirchlicher und bürgerlicher Hinſicht verſchieden. In jener ſind beſonders mannigfache Ehrenrechte auszuzeichnen, wie der Vorrang bei Feierlichkeiten, in Zuſammenkünften u. ſ. w., eine ausgezeichnete Kleidung (die Infuln u. ſ. w.), die Incenſation (Empfang mit Räucherwerk beim Eintritt in die Kirche) und dergl., worüber die Gewohnheit entſcheidet[25]).

Die bürgerlichen Vorrechte haben für die zu den einzelnen Claſſen der Dignitäten gehörenden Prälaten bedeutend gewechſelt. So lange das teutſche Reich beſtand, waren die dignitates pontificales meiſtens Landesherren, oder hatten wenigſtens die Fürſtenwürde. Daſſelbe galt von den in der zweiten Claſſe erwähnten Häuptern der Klöſter u. ſ. w., als gefürſteten Aebten und Prälaten. Die übrigen Dignitarien, welche an der Reichsſtandſchaft Theil hatten, gehörten zu der Claſſe der Prälaten und Herren (ſ. oben), ſo wie in den einzelnen Territorien zum landſäſſigen Prälaten- und Herrenſtande.

---

chidiaconate u. ſ. w. verbunden. Der Generalvicar hat keine iurisdictio propria, und iſt daher nicht Dignität; m. ſ. Van Espen l. c. §. XII.

22) M. ſ. die genauere Ausführung oben im Art. Bisthum, Bd. II, S. 235 flg.

23) Bereits das wiener Concordat nennt dieſelben in den Domſtiftern: dignitates maiores post pontificales, und in den Collegiatſtiftern: dignitates principales.

24) C. 6. X. de consuetud. (1. 4.); vergl. c. 8. X. de constitutionib. (1. 2.), c. 8. X. de rescriptis (1. 3.), c. 13. 28. X. de praebendis et dignit. (3. 5.) Ueber die Obſervanz in Belgien ſ. m. van Espen l. c. §. X. XI.

25) M. ſ. übrigens das Einzelne im Art. Biſchof, Decan u. a.

In Beziehung auf das teutſche Reich ſtanden obenan die drei geiſtlichen Kurfürſten, die Erzbiſchöfe von Mainz, Cöln und Trier. Im Reichsfürſtenrathe bildeten die Prälaten die geiſtliche Bank [26]). In den einzelnen Reichslanden war die Verfaſſung abweichend, zumal in geiſtlichen und weltlichen Staaten. In jenen hatte häufig jedes Mitglied des Domſtifts als dignitarius oder persona Sitz und Stimme auf dem Landtage [27]).

Allgemeine Aenderungen erfolgten nach der großen Säculariſation im Anfange des jetzigen Jahrhunderts und den nach Auflöſung des Reiches in den verſchiedenen Territorien getroffenen neuen Einrichtungen. Die allgemeinen auf dem wiener Congreſſe gemachten Anträge in Betreff der Anerkennung der katholiſchen Biſchöfe und Capitel als erſte Landſtände [28]) fanden zwar keinen Eingang, doch wurde im Weſentlichen den geäußerten Wünſchen durch ſpecielle Verordnungen und die Verfaſſungsurkunden ſpäterhin entſprochen. In Oeſterreich iſt das ältere Verhältniß, nach welchem die Dignitarien der Capitel zu den Landſtänden der Provinz gehören, unverändert geblieben [29]).

Der Fürſtenſtand iſt nicht mehr ſchlechthin ein Annexum biſchöflicher Stellen. Die fürſtliche Würde kann indeſſen theils durch die Perſon des Biſchofes ſelbſt vermöge ſeines Geburtsranges mit einer Diöceſe verbunden ſein, oder beſonders höchſtperſönlich oder auch allgemeiner an die Inhaber eines Biſthums geknüpft werden. So erhielt durch die Cabinetsordre des Königs von Preußen vom 4. October 1821 der Biſchof von Münſter, Freiherr v. Lüning, die fürſtliche Würde. So der Biſchof von Breslau u. A. Auch ſind die Titulaturen genau in Preußen beſtimmt. Das Prädicat Hochwürdigſter, Gnaden iſt allgemein zugeſtanden [30]). Auch iſt im Jahre 1839 der Fürſtbiſchof von Breslau zum Mitgliede des Staatsrathes ernannt worden. Aehnliche Beſtimmungen ſind in Bayern durch das Edict vom 10. Jan. 1822, in Sachſen durch die Verordnung vom 5. April 1821 u. ſ. w. ergangen. Für die Prälaten der oberrheiniſchen Kirchenprovinz iſt der Rang durch beſondere Verordnungen bezeichnet [31]). Der Erzbiſchof von Freiburg ſteht in der erſten Rangclaſſe, unmittelbar nach den Miniſtern, und hat den Titel Excellenz.

---

26) Ueber die einzelnen Glieder und deren Verhältniß vergl. man J. J. Moſer, von den teutſchen Reichsſtänden u. ſ. w. 1767; Majer, teutſche Staatsconſtitution (Hamburg 1800), Bd. I, §. 52 flg.; Bd. II, §. 284 flg.

27) M. ſ. z. B. von Hildesheim Majer a. a. O. Bd. II, S. 563.

28) Klüber, Ueberſicht der diplomatiſchen Verhandlungen des wiener Congreſſes, S. 216.

29) Hofverordnung vom 7. Febr. 1787; vergl. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Biſchöfe u. ſ. w., Bd. I, S. 281.

30) Circ.-Reſcr. vom 12. April 1832 (v. Kamptz, Jahrbücher für die preuß. Geſetzgeb., Heft 78, S. 415, 416). Das Geſetz über die Rangordnung vom 7. Februar 1817 (Geſetzſamml. Jahrg. 1817, S. 61 flg.) ſchweigt über dieſe Verhältniſſe. Indeſſen kann man annehmen, daß die Biſchöfe den Rang der Oberpräſidenten haben, da für die evangeliſchen dieß ausgeſprochen worden iſt (ſ. Reſcript vom 9. Febr. 1816).

31) Logner, Darſtellung der Rechtsverhältniſſe der Biſchöfe in der oberrhein. Kirchenprovinz (Tübingen 1840, 8.), S. 67—69, vergl. S. 489.

Außerdem ſind die Biſchöfe Mitglieder der Ständeverſammlungen, bald der erſten [32]), bald der zweiten Kammer [33]). Auch für den Decan, Weihbiſchof, die Capitularen u. ſ. w. ſind die dritte und folgenden Rangſtufen beſtimmt worden. Der der Amtszeit nach älteſte Decan iſt in Württemberg Mitglied der Kammer der Abgeordneten [34]).

In der evangeliſchen Kirche hat ſich in England und Schweden ein dem früheren analoges Verhältniß für die hohen Würden (Biſchöfe, Dechanten, Archidiacone u. ſ. w.) erhalten. Abweichend wurde daſſelbe dagegen in Teutſchland, wenn gleich die höhere Geiſtlichkeit als Prälatenſtand anerkannt blieb und einen entſprechenden Rang nach wie vor behauptet [35]). Auch die Mitgliedſchaft an den Ständeverſammlungen iſt den evangeliſchen Prälaten zugeſtanden (ſ. die obigen Cit.).

Zur Claſſe der Dignitäten (Prälaten) gehören theilweiſe auch die Univerſitäten, bald inſofern dieſelben zum Theil aus Inſtituten hervorgegangen ſind, denen früher ein ſolcher Rang gebührte, bald inſofern ihnen ausdrücklich in der Perſon ihrer Vorſteher eine derartige Würde beigelegt worden iſt [36]). H. F. Jacobſon.

Dimiſſorialbriefe ſind nach dem Sprachgebrauche des canoniſchen Rechtes die Urkunden, in welchen ein Geiſtlicher zum Zwecke ſeines Ueberganges in einen anderen Sprengel, für immer und gänzlich (ſogen. dimiss. perpetuae), oder in denen ein beſtimmtes Individuum Behufs der in einer auswärtigen Diöceſe zu empfangenden Weihe nur auf Zeit und in dieſer Beziehung aus dem Diöceſanverbande entlaſſen wird (ſogen. dimiss. temporales). Im weiteren Sinne werden jetzt darunter überhaupt die Urkunden verſtanden, in denen ein Geiſtlicher auf die ihm rückſichtlich einer gewiſſen Perſon zuſtehenden Amtsverrichtungen zu Gunſten eines dritten Geiſtlichen Verzicht leiſtet.

A. Nach einer durchgreifenden Regel des älteren Kirchenrechtes wurden die Cleriker durch die Ordination dergeſtalt an den Dienſt einer beſtimmten Kirche gebunden, daß ſie ohne Genehmigung des Biſchofes weder ſelbſt dieſes Band löſen, noch von einem anderen Biſchofe zum Dienſt in ſeiner Diöceſe aufgenommen werden durften, eine Beſtimmung, welche die älteren Rechtsquellen aus der zwiſchen dem Cleriker und der Kirche beſtehenden geiſtigen Ehe zu erklären lieben [1]). In vorkommenden Fällen

---

32) Im Großherzogthum Heſſen (Verf.-Urk. Art. 52), Baden (Verf.-Urk. Art. 27).

33) Im Königreich Württemberg (Verf.-Urk. Art. 133), Großherz. Naſſau (Verf.-Urk. Art. 22).

34) Verf.-Urk. Art. 136.

35) Ueber das Einzelne kann hier auf die Artikel Biſchof und Capitel hingewieſen werden.

36) S. Klüber, öffentliches Recht a. a. O. §. 223, Nr. III; vergl. Weisse, de iure praelaturae Academiae Lipsiensis (Lips. 1819, 4.), auch in Eiusd. opuscula academica (Lips. 1829, 8.), P. I. nr. V.

1) Vergl. z. B. conc. Nic. c. 16. (c. 3. D. LXXI.); conc. Sard. c. 15. (c. 1. D. LXXI.); conc. Carth. III. c. 21. (c. 21. D. LXXII.) Innoc. I. ep. 2. (c. 2. D. LXXI.); Leo I. ep. 14. ed. Ball. (c. 1. C. XIX. qu. 2); conc. Chalc. c. 20. (c. 4. D. LXXI).

ſprach der Biſchof die Entlaſſung eines Clerikers und die Ermächtigung deſſelben zum Uebertritt in eine andere Diöceſe durch eine Urkunde aus[2]), welche, eine Art der Formaten, ſchon im achten Jahrhundert mit dem techniſchen Namen der literae dimissoriae belegt zu werden pflegte[3]). Solche Zeugniſſe ſind noch jetzt in Uebung, wiewohl ſie nicht mehr ausſchließlich die Aufnahme der einer fremden Diöceſe angehörenden Cleriker zu einer erlaubten machen, da dieſe nach den jetzt entwickelten Verhältniſſen zugleich auch die Genehmigung der Staatsregierungen vorausſetzt[4]).

Von der zweiten Art der Dimiſſorien, welche ſich nur auf die von einem anderen Biſchof zu empfangende Ordination bezieht, beſitzen wir einzelne, vielleicht ſchon in die Zeit der Ottonen fallende, Beiſpiele[5]); durchgreifender Gebrauch ſind ſie jedoch erſt geworden, ſeit der Grundſatz ſich verloren hatte, daß mit der Ordination nothwendig zugleich die Widmung für den Dienſt einer beſtimmten Kirche verbunden werden müſſe, alſo mit der Einführung der abſoluten Ordinationen in die Disciplin der Kirche (ſ. d. Art. Ordination). Von dieſer Zeit an beſtimmte ſich die Competenz des Biſchofs nicht mehr wie früher darnach, daß ein Cleriker zuerſt von ihm durch die Ordination an eine beſtimmte Kirche geknüpft worden war, ſondern nur nach der allgemeinen Rückſicht, daß ausſchließlich der Biſchof zu ordiniren berechtigt ſei, der vermöge ſeiner bisherigen Verhältniſſe zu dem Weihcandidaten deſſen perſönliche Fähigkeit am beſten zu beurtheilen vermöge. In dieſer Weiſe hat ſich denn auch die Geſetzgebung

---

2) Conc. Carth. I. c. 5. (c. 6. D. LXXI). — Vergl. Leon. I. ep. 13 (446): Illud quoque... volumus custodiri, ut nullus episcopus alterius episcopi clericum sibi audeat vindicare sine illius ad quem pertinet cessione, quam tamen evidentia scripta contineant.

3) Conc. Rom. sub Zachar. (734) c. 11, bei Mansi Coll. conc. XII. 382: Interdicimus, ut nullus episcoporum audeat.... alterius civitatis clericum sine dimissoriis sui episcopi suscipere vel ordinare. Conc. Rom. sub Eugen. (826) c. 18 (c. 1. D. LXXII), vergl. auch conc. Trull. c. 17 (c. 2. C. XXI. qu. 2). — Beiſpiele bei Regino, ed. Wasserschleben I. 450. 451., von denen die letztere aus Burchard. II. 227. in das Decret übergegangen iſt (c. 1. D. LXXIII), und bei Ballerini, de antiqu. can. coll. (Opp. Leonis M. T. III.) p. 142. — Ueber die Formaten ſelbſt und die angeblich dem Concil von Nicäa eignende Regula formatarum vergl. die Baller. l. c. p. 451. Für Laien finden wir im alten Rechte die Nothwendigkeit einer Zuſtimmung des Diöceſanbiſchofs zu der von einem anderen Biſchof zu ertheilenden Ordination nur einmal ausdrücklich ausgeſprochen, in conc. Carth. I. c. 5: Nec laicum usurpare sibi de plebe aliena ut eum ordinet sine conscientia eius episcopi de cuius plebe est. Im Decret c. 6. D. LXX. iſt das Wort ordinet in obtineat verwandelt, was Eichhorn, K.-R. S. 475, zu der Behauptung Veranlaſſung gegeben hat, daß hier von der Ordination überhaupt nicht die Rede ſei. Vergl. überhaupt Laspeyres, in der allgem. Encycl. von Erſch und Gruber s. v. Ordination, Bd. 5, S. 12, der 3. Abth.

4) Vergl. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Biſchöfe (Prag 1832), S. 89.

5) Vergl. die beiden von den Ballerini, l. c. p. 121, mitgetheilten Formaten. In der erſten heißt es ausdrücklich: Hanc dimissoriam sive.... formatam... emittimus, ut eum ad sacerdotii onus consecrare non dubitetis et nobis remittatis.

ausgeſprochen, welche unter beſtimmten, im Art. Ordination anzuführenden, Vorausſetzungen bekanntlich auch die Geburt und das Domicil in der Diöceſe, ſo wie die ſogen. Familiarität neben dem Beſitz eines Beneficiums als Momente anſieht, aus denen die Competenz zur Weihe ſich ergibt [6]). Allerdings kann nach der ganzen Auffaſſung der katholiſchen Kirche die Giltigkeit einer Ordination ſich nicht nach dieſen Momenten bedingen, vielmehr muß auch die von einem incompetenten Biſchof ertheilte Weihe giltig bleiben, da in ihr der in dem Epiſkopat fortſtrömende heilige Geiſt auf den Geweihten übergegangen iſt; wohl aber betrachtet die Kirche eine ſolche Weihe als unerlaubt, und verknüpft mit ihr für den Ordinirenden wie für den Ordinirten beſtimmte nachtheilige Folgen: für jenen eine einjährige Suspenſion des Weihrechtes, für dieſen die Suspenſion des illicite empfangenen Ordo ſo lange, als der episcopus proprius ihm nicht dießfalls Dispens ertheilt [7]), bei höheren Ordines aber die Irregularität, ſobald der Ordinirte bereits die durch den empfangenen Ordo verbundenen Functionen vollzogen hatte [8]). Dieſen nachtheiligen Wirkungen wird jedoch vorgebeugt, wenn der competente Biſchof ſeine Zuſtimmung zu der von einem anderen Biſchof zu vollziehenden Ordination in den Dimiſſorialien ertheilt. Eine ſolche Erlaubniß wird bald für einen einzelnen Ordo, bald für alle Ordines, bald auf einen beſtimmten Biſchof, bald unbeſchränkt als facultas de promovendo a quocunque, gewöhnlich auf eine beſtimmte Zeit ertheilt, und ſoll regelmäßig den Grund, weßhalb der Ausſteller nicht ordinire, enthalten [9]), und mit einem Zeugniſſe der Tüchtigkeit verbunden ſein [10]), wiewohl dem ordinirenden Biſchof dadurch das Recht, ſich durch erneuete Prüfung von der Fähigkeit des Ordinandus zu überzeugen, nicht verkümmert werden ſoll. — Das Recht zur Ertheilung der Dimiſſorialien wurzelt in der Jurisdiction, weßhalb es der Biſchof ausübt, ſobald er confirmirt, wenn ſchon noch nicht conſecrirt iſt. Die Capitel ſind während des erſten Jahres der Vacanz nur dann durch den Capitelverweſer Dimiſſorien zu ertheilen berechtigt, wenn es ſich um Ertheilung des Ordo an einen Geiſtlichen handelt, der um eines bereits empfangenen, oder um eines ihm zu conferirenden Beneficiums willen ſeiner bedarf [11]); nach Verlauf des Jahres fällt jedoch mit der nunmehr (sede vacante impedita) eintretenden Erweiterung der Capitelrechte auch dieſe Beſchränkung hinweg. Der biſchöfliche Generalvicar iſt nur dann zur Ertheilung ermächtigt, wenn entweder der Biſchof ihn ausdrücklich dazu ermächtigte, oder ſich in remotis, d. i. nach der Gloſſe in einer Entfernung von mehr als zwei Tagereiſen von der Diöceſe ſich befindet [12]). — Die ſogen. praelati cum iurisdictione quasi

6) Laspeyres a. a. O. S. 13 flg.
7) C. 2. de temp. ord. in VI., conc. Trid. sess. XIV. c. 2. sess. XXIII. c. 8. de reform.
8) Laspeyres a. a. O. S. 16.
9) C. 1. de temp. ord. in VI., conc. Trid. sess. VII. c. 11. de ref.
10) Conc. Trid. sess. XXIII. c. 3. de ref.
11) Conc. Trid. sess. VII. c. 10.
12) C. 3. de temp. ord. in VI. mit der Gl.

episcopali endlich, deren es in Teutſchland nach den neueren Säculariſationen freilich nicht mehr gibt, ſind ſeit dem Concil von Trient [13]) zur Ertheilung der Dimiſſorien an Weltgeiſtliche jetzt eben ſo wenig mehr berechtigt, als die eremten Prälaten; vielmehr tritt im erſten Falle der nächſte, im zweiten der Diöceſanbiſchof ein, ſobald nicht ein nach dem trienter Concil ertheiltes Privilegium vorliegt [14]). Die Regularen empfangen die Ordination auf die von ihrem Oberen ausgeſtellten Dimiſſorien von dem Biſchof ihrer Diöceſe; von einem anderen nur dann, wenn der Ordinarius entweder abweſend iſt, oder die Ordination verweigert. Doch ſind diejenigen Regularen hiervon ausgenommen, denen nach dem Concil von Trient namentlich das Privilegium ertheilt worden iſt, von jedem katholiſchen Biſchof ſich weihen zu laſſen [15]).

B. In dem oben bezeichneten weiteren Sinne kommen die Dimiſſorialien bei der Taufe, Confirmation, und namentlich bei der Copulation vor, womit das evangeliſche Kirchenrecht übereinſtimmt. Ueber die in den neueren Streitigkeiten über die gemiſchten Ehen entſtandene Frage nach der Verbindlichkeit der katholiſchen Geiſtlichen zur Ausſtellung der Entlaßſcheine an ſolche Verlobte verſchiedener Confeſſion, welche die Erziehung aller Kinder im katholiſchen Glauben anzugeloben ſich weigern, und denen deßhalb die Copulation nach katholiſchem Ritus verſagt wird, ſ. unten im Art. Ehen. Richter.

Disciplin (disciplina) begreift in rechtlicher Beziehung alle Einrichtungen zu Erhaltung guter Zucht. Disciplinarſachen ſind daher alle, die Zucht über Untergebene, inſonderheit die Schul-, Kirchen-, Militär- und Staatsdienerzucht angehenden Angelegenheiten, wodurch ſich die Ausdrücke Disciplinarunterſuchung, -Verfahren, -Geſetze oder -Vorſchriften, -Strafen u. ſ. w. von ſelbſt erklären. Alles dieß kann aber nur ausgehen von der Disciplinargewalt, der Befugniß, Untergebene durch Strafen zu Beobachtung ihrer Schuldigkeit anzuhalten. Da die Erhaltung guter Zucht Sache der Adminiſtration, nicht der Juſtiz iſt, ſo gilt es für den vorliegenden Zweck beſonders der Aufgabe, die Grenzen genau zu bezeichnen, wo Disciplinarſachen in Juſtizſachen übergehen. Im Allgemeinen iſt dieß der Fall, wenn durch die Disciplinarmaßregel die begründeten Rechte des concurrirenden Subjectes angegriffen werden. Aber freilich iſt dieſer allgemeine Satz bei der Anwendung auf den einzelnen Fall vielerlei Deutungen ausgeſetzt, — Deutungen, die um ſo gefährlicher ſind, als die Mittel zur Erreichung des Zweckes der Disciplinargewalt für die ſeltenſten Fälle im Voraus vorgeſchrieben werden können, ſondern dem vernünftigen und pflichtmäßigen Ermeſſen des Displinarberechtigten anheim gegeben werden müſſen. Daher

13) Conc. Trid. sess. XXIII. c. 10.

14) Das Gegentheil behauptet Laspeyres a. a. O.; vergl. oben Benedict XIV. de synod. dioeces. lib. II. c. 11.

15) De voci Instit. T. I. p. 255, Bened. XIV. const. Impositi, in Eiusd. Bullar. (Venet. 1754), T. II. p. 109.

iſt die Verſtattung rechtlichen Gehöres gegen die Disciplinarverfügungen, ſo weit dieß nicht die Zwecke der Disciplinargewalt hindert, unerläßlich. Da die Adminiſtration bei Ausübung der Disciplinargewalt mit Beſtrafung, wenn gleich nur in dem Charakter der Züchtigung, der Disciplinar-, nicht Criminalſtrafen, es zu thun hat, z. B. bei Amtsvergehen, geringeren Ausſchreitungen, Einſperrung ſolcher Menſchen Behufs der Beſſerung, deren Lebenswandel im Falle der Fortſetzung größere Nachtheile hervorbringen könnte, der Trunkenbolde, Arbeitsſcheuen, liederlichen Dirnen, ſogen. Sträuner oder Stromer u. ſ. w., ſo muß das dießfallſige Verfahren ein dem Criminalverfahren analoges und in der Maße geregelt ſein, daß nicht unter dem Vorwande der Disciplinarverfügungen große Ungerechtigkeiten zu Schulden gebracht werden. Gewöhnlich werden dieſe Sachen ſummariſch behandelt, außer da, wo es ſchwerere Strafen, beſonders der reinigenden Disciplin gilt (ſ. die Note 6), in welchem Falle das Verfahren ſich dem ſolennen Criminalprozeſſe mehr nähert. Die Disciplinarſtrafen aber dürfen, wie gedacht, keinen Falles in begründete Rechte eingreifen, müſſen vielmehr ſo eingerichtet ſein, daß ſie ihren Zweck, Gewöhnung an Zucht und Ordnung, erreichen, daher bei ihnen beſonders ein gewiſſes Fortſchreiten von der niederen zur höheren Strafe zu beobachten iſt. Häufig ſind auch dieſe Gegenſtände vor die neuerlich entſtandene Adminiſtrativjuſtiz [1]) gezogen worden, um den Conflict der Juſtiz und Adminiſtration hierbei zu vermeiden. Im Allgemeinen haben für die Staaten, wo eine ſolche Einrichtung nicht beſteht, die meiſten und bedeutendſten Rechtslehrer [2]) die Behauptung aufgeſtellt, daß wer bei Disciplinarſachen nicht nach dem Geſetze behandelt und dadurch in ſeinen Rechten gekränkt zu ſein glaube, bei der Juſtizbehörde deßhalb klagen könne, und daß jede Disciplinarſache, ob ſie gleich keine Appellation zulaſſe, doch, wenn Rechte dadurch verletzt würden, in eine Juſtizſache übergehe.

Conflicte zwiſchen den Juſtiz- und Disciplinarbehörden können ſchon bei der Schulzucht (disciplina scholastica), d. i. der Aufſicht über Lehrer und Schüler einer Schulanſtalt, in Bezug auf Zucht und Ordnung, eintreten. Dieſe hört in der Regel da auf, wo eine Handlung zur Sprache kommt, die, auch außer den Schulverhältniſſen, nach den Geſetzen des Landes, worin ſich die Schule befindet, ſtrafbar iſt. Der Conflict wird am wenigſten bei großen Verbrechen ſtattfinden, da dieſe ſich beim erſten Anblick als ſolche charakteriſiren. Schwieriger iſt es bei kleineren Vergehen. Weil indeß hier bei der durch die Jugend der ſtrafbaren Subjecte veranlaßten geringeren Zurechnungsfähigkeit die Juſtiz mit ſchwierigeren Mitteln gewöhnlich auch zu keinem anderen Zwecke kommt, als die Schulbehörde, ſo werden häufig dergleichen kleinere Vergehungen dieſer letzteren zur disciplinariſchen Beſtrafung überlaſſen. Häufiger ſtehen auch die Schulen unter ſolchen Behörden, die wenigſtens bis zu einem gewiſſen Punkte die Strafjurisdiction haben, wie z. B. manche Conſiſto-

1) Vergl. den Art. Adminiſtrativjuſtiz, Bd. 1, S. 134 flg.
2) Pfeiffer, praktiſche Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiſſenſchaft, Th. 3 (Hannover 1831), S. 404.

rien, Univerſitätsgerichte u. ſ. w. In dieſen Fällen heben ſich die Conflicte von ſelbſt. Doch bietet die Sache immer mehr Schwierigkeiten, je ältere Schüler die Anſtalt, ihrem Zwecke und ihrer Einrichtung nach, beſuchen, daher die Univerſitätsdisciplin die bei weitem ſchwierigſte iſt. Die Militärdisciplin (disciplina militaris), d. i. die Handhabung der Zucht und Ordnung bei dem Militär, führt darum weniger zu Conflicten, weil der Soldat während des Dienſtes in allen Straffällen der Militärgerichtsbarkeit unterworfen iſt, ſonach in der Hauptſache Disciplinar- und Juſtizſachen vor eine und dieſelbe Behörde gehören [3]). Inwiefern aber bei kleineren Disciplinarvergehen ein ſolcher Conflict möglich wäre, tritt er praktiſch darum nicht ein, weil der Commandeur, dem die Adminiſtration zuſteht, auch zugleich in der Regel Vorſitzender des Militärgerichtes iſt. Verwickeltere Verhältniſſe kommen vor, wo die beurlaubten Soldaten, nach den Geſetzen, rückſichtlich der allgemeinen Vergehen und Verbrechen (delictorum communium) unter der Civilobrigkeit ſtehen, doch pflegen auch durch dieſelben Geſetze gewöhnlich die Grenzen angegeben zu ſein, durch welche die Civiljuſtiz und die Militärdisciplin in dieſen Fällen geſchieden ſind. Zu der Kirchenzucht (disciplina clericalis), d. i. der Aufſicht über die Kirchenglieder, beſonders die Kirchendiener, rückſichtlich gottesdienſtlicher und religionswidriger Handlungen und der Handhabung des Zwanges in dieſer Beziehung, rechnet die katholiſche Kirche alle Angelegenheiten, welche die äußerlichen gottesdienſtlichen Handlungen, Ceremonien, Feſte, Feiertage u. ſ. w. angehen. Da die unbedingte Exemtion der Geiſtlichen von der weltlichen Gerichtsbarkeit überall aufgehört hat, ſo ſind den katholiſchen geiſtlichen Gerichten nur die Beſtrafung der Amtsvergehen der Geiſtlichen und der Verletzung der geiſtlichen Standespflichten, ingleichen die blos pro foro interno gehörigen Pönitenzen, als Disciplinarſachen, überlaſſen worden. Alle delicta communia aber gehören vor die weltliche Juſtiz, die nur, ſobald ſie einſchreitet, der geiſtlichen Behörde davon Nachricht geben muß [4]). Bei den proteſtantiſchen Laien beſchränkt ſich die Disciplin auf Verhütung der Störungen des öffentlichen Cultus und Verfügung von Vermahnungen und Verweiſen. So auch beim Nichtgebrauch des Sacramentes des Abendmahles. Größere Strenge, ſelbſt unter Zuhilfenahme des weltlichen Armes, findet beim Sacramente der Taufe ſtatt. Die Verbrechen und Vergehen der Geiſtlichen gehören vor die weltliche Juſtiz, außer wo Conſiſtorien ſind, denen früher die Gerichtsbarkeit eben ſo wie den biſchöflichen Officialen zuſtand, und die noch jetzt gewöhnlich die Unterſuchung der Amtsvergehen und der Verletzung der Standespflichten haben, ſo weit dieſe in den Kreis der Disciplinarſachen gehören. Wie weit dieß ſich aber erſtreckt, dieß iſt häufig ſehr ſtreitig und wird in der Regel nach denſelben Grundſätzen beurtheilt, wie die Frage über die Grenzen

---

3) Werther, Anleitung zum allgemeinen Kriegsrechte, §. 342. Ludovici, Einleitung zum Kriegsprozeſſe, Cap. 3, §. 11.

4) Eichhorn, Grundſätze des Kirchenrechtes, Bd. 2, Buch 4, Abſchn. 2, Cap. 1, S. 106 flg.

der Disciplinargewalt der Regierung über die Staatsbeamten [5]). Danach iſt auch die Frage zu entſcheiden, ob ein Geiſtlicher wegen Amtsvergehen ohne rechtliches Gehör ſeines Amtes entlaſſen oder entſetzt werden könne?

Am vielfachſten kömmt die Juſtiz in den, den Staatsdienſt betreffenden Disciplinarſachen in Conflict. In der Staatshoheit iſt das Recht der Anordnung der Aemter, der Beſetzung derſelben und der Oberaufſicht über die Staatsdiener unbezweifelt begriffen. Daher iſt auch das Recht der Ausübung der niederen, der correctiven Disciplin von Seiten der Regierung ohne Concurrenz der Juſtiz ganz unzweifelhaft. Ob dieß rückſichtlich der höheren, der reinigenden Disciplin geſchehen könne, darüber ſowie über die zur Vereinigung der rechtlichen und Disciplinarintereſſen geſchehenen Vorſchläge iſt ſich bereits umſtändlich in dem Art. Amtsverbrechen ausgeſprochen worden [6]). Nur das bemerken wir noch, daß jeden Falles den Juſtizbehörden die Ausübung der Disciplinargewalt über die ihnen untergebenen Juſtizbeamten und über die vor ihnen verhandelnden Parteien, ſo weit ſolches zur Förderung der vor ihnen anhängigen Rechtsſachen und zur Erhaltung guter Zucht und Ordnung dabei nöthig iſt, zuſteht. Sie haben ſich hierzu der ſämmtlichen Disciplinarmittel, deren ſich die Adminiſtrativbehörde bedienen kann, zu bedienen [7]).

In den Verhältniſſen des bürgerlichen Privatlebens handelt es ſich vorzüglich um die Disciplinargewalt der Eltern über ihre Kinder, der Lehrmeiſter über ihre Lehrlinge, der Herrſchaft über das Geſinde. Die erſtere gründet ſich auf die Grundſätze über die väterliche Gewalt, und wir haben hier, nach der oben vorgezeichneten Grenze für den gegenwärtigen Artikel, nur ſo viel zu bemerken, daß ſie keineswegs den Vater berechtigt, ſich ohne Weiteres der öffentlichen Strafanſtalten zu Vollziehung der von ihm beſchloſſenen disciplinariſchen Züchtigungen zu bedienen, namentlich die Kinder in die öffentlichen Corrections- und Zuchthäuſer bringen, durch die Gerichtsdiener nach ſeinem Ermeſſen körperlich züchtigen zu laſſen u. ſ. w. Dieſe öffentlichen Strafvollziehungsmittel ſind nur für Strafen beſtimmt, die nach geſetzlichen Principien und nach vorausgegangener geſetzlicher Unterſuchung von der competenten Behörde erkannt ſind. Gleiches tritt ein in dem Verhältniſſe der Lehrherren zu den Lehrlingen. Den Erſteren geſtattet ſchon das römiſche Recht ein Züchtigungsrecht [8]); der Herrſchaft gegen das Geſinde räumen nur die Obſervanz und hier und da das Particularrecht das Recht einer mäßigen Züchtigung ein [9]). Wo aber dieſe in einem der drei Fälle überſchritten wird, da wirkt die Juſtiz theils entſchädigend, theils beſtrafend. Freilich iſt die Frage, was eine mäßige Züchtigung ſei? ſehr ſchwer zu beantworten, da die Antwort:

---

5) Siehe dieß in dem Art. Amtsverbrechen und Amtsvergehen, Bd. 1, S. 223 flg.

6) A. a. O., wo auch der Unterſchied der beiden Arten der Disciplin näher auseinander geſetzt iſt.

7) Siehe dieſe ebendaſ. S. 224 u. 225.

8) L. 5. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) L. 13. §. 4. D. locati. (19. 2.)

9) Glück, Pandektencommentar, Bd. 2, §. 121, S. 156, §. 137 u. 138, S. 264; Bd. 10, §. 700, S. 320.

ſie wäre eine ſolche, deren Uebel nicht größer, als es die Erreichung des disciplinariſchen Zweckes fordere, ſei, und den Grundſätzen der Humanität nicht widerſpreche — eben ſo wenig klare Maße für den einzelnen Fall gibt, als der Ausdruck „mäßige Züchtigung" ſelbſt. Zu ängſtlich werden auch unſtreitig nach dem jetzigen Standpunkte unſerer Cultur die Rechte der väterlichen Gewalt berückſichtigt, wenn man noch jetzt das Einſchreiten gegen den Mißbrauch der letzteren von der Klage der Kinder oder ihrer Verwandten, alſo von Umſtänden abhängig machen will, die oft gerade in den Fällen der empörendſten Mißhandlungen nicht eintreten [10]). Buddeus.

Dispenſation [1]) iſt die für einen beſtimmten Fall gewährte Ausnahme von einer geſetzlichen Regel.

Es entſpricht dem Weſen geſetzlicher Vorſchriften, daß ſie allgemein von Jedem, der in der Staatsverbindung lebt, befolgt werden. Damit dieß aber überhaupt möglich ſei, muß das Recht ſelbſt mit Rückſicht auf die Eigenthümlichkeit dieſes Staates, ſo wie auf die mannichfaltigen Verhältniſſe der Perſonen, Sachen, Zeiten u. ſ. w. verfaßt ſein, und ſo wird von vorn herein ſich neben dem allgemeinen ein particulares Recht geltend machen, das für beſtimmte Kreiſe Norm der Entſcheidung bildet. Das gemeine ſowohl, als das particulare Recht ſetzt die gewöhnlichen und regelmäßigen Fälle des Lebens voraus, und will und kann nur für dieſe zur Anwendung gebracht werden. Ja das Geſetz vermag nicht einmal alle gewöhnlichen Fälle zu erſchöpfen, ſondern muß ſich damit begnügen, für dieſe das Princip aufzuſtellen und die Anwendung im Einzelnen dem Richter zu überlaſſen; um ſo weniger kann ein Geſetz im Voraus Beſtimmungen über ſolche Fälle treffen, welche als wahre Abnormitäten, als ſeltene und zufällige Ausnahmen ſich ereignen. Zu dieſen außerordentlichen und abnormen Fällen gehören beſonders diejenigen, welche zwar einem geſetzlich fixirten Princip ſich ſubſumiren laſſen, durch die Unterordnung unter das Geſetz jedoch nur höchſt formal, nicht aber wahrhaft rechtlich entſchieden würden, oder bei welchen die Verwirklichung der geſetz-

---

10) Der Verf. iſt in dieſem Art., der Hauptſache nach, dem von ihm auch bearbeiteten Art. Disciplinarſachen in der Erſch' und Gruber'ſchen Encyclopädie, Sect. 1, Bd. 26, S. 12 flg., nachgegangen.

1) Mehrere kleinere Abhandlungen nennt Lipenius s. v. dispensatio, ſo wie J. H. Böhmer, diss. de sublimi principum ac statuum evangelicorum dispensandi iure in causis et negotiis tam sacris quam profanis, Halae 1722, 4. (wiederholt in J. H. Böhmer, exercitationes ad Pandectas, tom. I. exercit. XIII. p. 481—605), §. 1; vergl. mit Deſſelben diss. de Romana ecclesia matre indulgentissima, vor dem vierten Bande des ius ecclesiasticum Protestantium. — Petr. de Marca, de concordia sacerdotii et imperii, lib. III. cap. XIII—XV. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina, P. II. lib. III. cap. XXIV—XXIX. — Die zahlreiche Literatur, welche bei Gelegenheit der Nuntiaturſtreitigkeiten im Jahre 1786 flg. erſchien, iſt nachgewieſen von Klüber in der Fortſetzung von Pütter's Literat. des Staatsrechtes, Bd. 4, S. 557 flg. — Die neueſte hierher gehörige Abhandlung iſt von Mello Backer, diss. inaug. de dispensationibus, quae dicuntur, sive venia legis, in causis maxime iuris privati. Groningae 1830 (106 pag.) 8.

lichen Regel ein Reſultat herbeiführen müßte, das der eigentlichen Abſicht des Geſetzes widerſpräche und Recht zum Unrecht machte. Eine höhere Nothwendigkeit gebietet daher in concreto eine Modification des Geſetzes, eine Abweichung von der Regel, ja eine Aufhebung des Geſetzes ſelbſt, und dieſe nennen wir im Allgemeinen Diſpenſation. Der Ausdruck in dieſem Sinne iſt nicht echt römiſch, obwohl in einem gewiſſen Zuſammenhange mit der urſprünglichen Bedeutung, in welcher dispensare ſo viel heißt als distribuere, ministrare, verwalten. Die Diſpenſation bezieht ſich daher auf eine gute, geregelte Verwaltung in verſchiedenen Geſchäftskreiſen, insbeſondere alſo auch auf die Handhabung der geſetzlichen Ordnung [2]). So wie aber überhaupt derjenige ein guter Verwalter iſt, welcher auf die Umſtände, das Bedürfniß, den Nutzen u. ſ. w. achtend, von ſeiner gewöhnlichen Weiſe abweicht, ſo iſt der ein rechter Verwalter des Geſetzes, welcher daſſelbe mit Rückſicht auf die Beſonderheit des Falles handhabt und den Umſtänden gemäß gar nicht anwendet.

Die Entbindung vom Geſetze für einen einzelnen Fall kann in verſchiedener Art bewirkt werden. Sie kann ſich nämlich auf die Befreiung von der geſetzlichen Vorſchrift mit Rückſicht auf die Vergangenheit beziehen und die Aufhebung einer ſchon vorhandenen, juriſtiſch begründeten Obligation in ſich ſchließen, als Abſolution (indulgentia, remissio, relaxatio etc.). Sie kann ſich aber auch auf die Zukunft beziehen, indem die Vollziehung oder Unterlaſſung einer Handlung geſtattet wird, welche ſonſt das Geſetz verboten oder reſpective vorgeſchrieben hat, und wird dann Diſpenſation im eigentlichen Sinne.

Die Diſpenſation läßt ſich aber auch von einem verſchiedenen Standpunkte aus in ihrer ganzen Bedeutung würdigen: denn man kann ſie als Gegenſtand der eigentlichen Verwaltung (Adminiſtration) oder der Gerechtigkeitspflege (Juſtiz) betrachten. Jenes würde der Fall ſein, wenn in der Diſpenſation eine bloße Modification des beſtehenden Rechtes läge, obgleich ſelbſt dann doch immer die Handhabung der Juſtiz als das weſentliche Moment erſcheinen dürfte. Sicher wird es aber eine reine Rechtsſache, wenn die wirkliche Aufhebung eines Geſetzes erfolgt, und dieß iſt bei der Diſpenſation im eigentlichen Sinne der Fall, gleichviel ob ſie Ausfluß der Gnade oder des Rechtes iſt (dispensatio gratiae, iustitiae). Hiernach muß aber auch darüber entſchieden werden, wem die Befugniß zu diſpenſiren ſchlechthin zuſtehe. Dem Richter würde man dieſelbe nicht beilegen können, da dieſer nur nach dem Geſetze zu urtheilen hat (secundum leges, non de legibus iudicandum est), wohl aber dem Geſetzgeber ſelbſt, da nach der Bedeutung des Geſetzes nur derjenige, von welchem daſſelbe ausgegangen iſt, es auch auf legitimem Wege aufzuheben im Stande iſt. Wenn dieß nun von dem Rechte zu diſpenſiren in abstracto, in thesi gilt, ſo kann freilich in concreto, in hypothesi

2) M. ſ. J. H. Böhmer ad c. 6. Can. I. qu. VII. Die Lesart dispositio in dieſer Stelle, welche Böhmer verwirft, findet ſich freilich in der Collectio Hispana und ſonſt; doch ſcheint dispensatio wohl gerechtfertigt werden zu können (ſ. Anm. 27).

auch ein Anderer, als der Geſetzgeber, die Befugniß zu diſpenſiren beſitzen, nämlich der damit Beauftragte, oder dem ſonſt nach Herkommen dieſes Recht zuſteht.[2])

Dieſe kürzlich aus der Natur der Sache hergeleiteten Sätze haben wir nun in ihrer poſitiven Geſtaltung näher zu erläutern. Wir werden uns im Weſentlichen dabei auf die Diſpenſation im eigentlichen Sinne beſchränken, da die Abſolution in ihrem ganzen Umfange als Entbindung von Strafe, und zwar von einer poena fori interni (Abſolution im eigentlichen Sinne, Ablaß) und poena fori externi (Begnadigung) bereits in anderen Artikeln (m. ſ. z. B. Begnadigung, Beichte, Buße u. a.) erläutert worden iſt. Die Vorſchriften über die Diſpenſation ſelbſt geſtalten ſich aber mit Rückſicht auf die verſchiedenen Quellen des gemeinen Rechtes, und beſonders nach der Natur des Objectes eigenthümlich und abweichend.

Das römiſche Recht erkennt die allgemeine Verbindlichkeit der Geſetze an. So wie Papinian unter lex ein commune praeceptum, communis reipublicae sponsio verſteht[3]), erklärt Marcian nach Demoſthenes lex, cui omnes (πάντες ἄνθρωποι) obtemperare convenit[4]). Das allgemein zur Anwendung kommende Recht iſt ius commune, publicum (i. e. quasi populicum)[5]), das particulare Recht iſt ius singulare, necessitatis, utilitatis causa receptum[6]). An ſich iſt das ius singulare zwar eine Abweichung vom gemeinen Rechte, aber doch noch eine Regel für gewiſſe Perſonen, Sachen, Rechtsverhältniſſe, daher privilegium[7]). Wird aber das ius singulare eine concrete und individuelle Ausnahme, dann iſt es ein privilegium im eigentlichen Sinne, eine lex priva, hominibus privis irrogata[8]), constitutio personalis[9]). In dieſe Kategorie fallen auch die Diſpenſationen[10]).

Die Ertheilung ſolcher Privilegien und Diſpenſationen iſt ſtets üblich geweſen[11]), und keineswegs kann aus der Vorſchrift der zwölf Tafeln: privilegia ne irroganto, auf das Gegentheil geſchloſſen werden, da die hier in Betracht kommenden Stellen[12]), richtig gedeutet, ſich auf Ent-

---

3) L. 1. D. de legibus. (1. 3.)

4) L. 2. D. de legibus.

5) Beide Ausdrücke finden ſich daher auch neben einander. So in der Novella Valentin. III. de episc. iudic. II. 35: Agant publicis legibus et iure communi.

6) L. 16. D. de legibus. (1. 3.) L. 162. de. R. I. (50. 16.); vergl. L. 34. pr. D. mandati. (17. 1.)

7) S. Brissonius und Dirksen s. v. privilegium.

8) Vergl. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. I. §. 49, 79 sq.; v. Savigny, Syſtem des heut. röm. Rechtes, Bd. 1, §. 16.

9) L. 1. §. 2. D. de constit. principum (1. 4.); vergl. c. 4. C. Th. de itin. mund. (15. 3.)

10) S. Glück's ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 1, §. 98, und die cit. Stellen.

11) Vergl. Dirkſen, über die Behörden, welche im römiſchen Reiche Privilegien ertheilten; in den civiliſtiſchen Abhandlungen (Berlin 1820, 8.), Bd. 1, Nr. IV, S. 242 flg.; Backer, diss. cit. cap. II.

12) Cicero, de legibus lib. III. cap. 19: Maiores — in privos homines

ſcheidungen beziehen, die zwar in geſetzlicher Form, aber ohne vorgängige rechtliche Unterſuchung erlaſſen werden. Die Gewährung von Privilegien und Diſpenſationen, als Sache der Geſetzgebung, erfolgte durch diejenigen Organe, denen die Geſetzgebung ſelbſt gebührte, alſo durch den Senat, die Comitien der Curien, Centurien und Tribus, ſo wie durch die ſtädtiſchen Corporationen, namentlich durch die mit Autonomie verſehenen Communen. Alle dieſe Behörden bewegten ſich aber in beſtimmten Grenzen und durften nicht in das Cognitionsrecht einer anderen eingreifen, ſo daß ſogar der Senat nicht von den Geſetzen des Volkes entbinden konnte. Da die Magiſtratus verfaſſungsmäßig keine geſetzgebende Gewalt beſaßen, ſtand ihnen auch nicht das Diſpenſationsrecht zu[13]). Mit dem Untergange der freien Verfaſſung maßten ſich die Uſurpatoren dieſes Recht an. Berückſichtigt man nun, in welcher Weiſe nach und nach der Kaiſer das Hauptorgan der Legislation wurde, ſo kann es nicht auffallen, daß er es ſpäter vorzugsweiſe war, welcher diſpenſirte, ja daß endlich er allein die Competenz für ſich in Anſpruch nahm. Hinſichtlich der Gegenſtände, bei welchen der Kaiſer, als der eigentliche Geſetzgeber, von ſeinem Rechte Gebrauch machte, gab es keine Beſchränkung: denn während in früherer Zeit das Prieſtercollegium in Angelegenheiten des Cultus diſpenſirte[14]), und zwar ſelbſtſtändig, inſoweit nicht ein civiles Object die Einwirkung der weltlichen Behörde erforderte[15]), konnte ſpäter der Kaiſer als **Pontifex Maximus** auch in religiöſen Verhältniſſen privilegiren und diſpenſiren. Insbeſondere legte er ſich ſelbſt auch das Recht bei, in Eheſachen Diſpenſen zu ertheilen[16]).

Seit der Scheidung des Staates und der Kirche, und der Reception dieſer im römiſchen Reiche mußten freilich zum Theil andere Grundſätze eintreten; doch blieb in bürgerlichen Angelegenheiten das Recht des Staatsoberhauptes ſchlechthin anerkannt. Dieſes Recht fiel daher auch in Teutſchland dem Könige und Kaiſer, den regierenden Fürſten (Landesherren), Grafen, Herren und freien Corporationen zu, überall natürlich in den Grenzen der zuſtehenden Cognition, über welche hinaus überhaupt keine Anordnung geſetzlicher Art wirkſam getroffen werden kann, ſo daß ſehr richtig J. H. Böhmer bemerkt[17]): **Potestas ferendi leges est etiam mensura potestatis dispensandi.** Daher wird auch jetzt mit Rückſicht auf die Verfaſſung und die beſonderen Conſtitutionen die Mitwirkung der Miniſter oder der Landſtände in einzelnen Fällen erforderlich[18]). Da wo

---

leges ferri noluerunt, id est enim privilegium; vergl. pro domo cap. 17. Gellius, noct. Att. lib. X. cap. 20. — Cicero, de legibus lib. III. cap. 4. — Dirkſen a. a. O. S. 246 flg.

13) Dirkſen a. a. O. S. 271 flg.

14) M. ſ. z. B. Gellius, noct. Att. lib. I. cap. 12. lib. X. cap. 15. u. a. m.

15) Dirkſen a. a. O. S. 270, Anm. 73a, S. 288, Anm. 138, S. 304, Anm. 230.

16) C. 7. C. de interdicto matrim. (5. 6.) (Dioclet. et Maxim.): Divino impetrato beneficio.. in matrimonio collocare (vergl. Anm. 22).

17) Diss. de sublimi principi cit., sectio II. cap. I. §. V.

18) M. ſ. Klüber, öffentl. Recht des teutſchen Bundes, §. 399, Nr. III, und vergl. z. B. ſächſ. Verf.-Urk. Art. 43.

ein Regent durchaus unbeſchränkter Monarch iſt, wird die Ertheilung von Diſpenſationen den Umſtänden nach eine reine, blos von ihm abhängige Gewiſſensſache. Inſofern er ſelbſt ſich vom Geſetze entbinden wollte, und zwar in einem Falle, in welchem ſonſt Erlaß nicht ſtattzufinden pflegt (in einem ſolchen würde er ſich unbedenklich vom Geſetze gelöſt betrachten können), würde es darauf ankommen, ob ſich für die zu ſtatuirende Ausnahme genügende Gründe zur Rechtfertigung ermitteln laſſen. Der Regent würde daher verpflichtet ſein, ſich von denen, welche für die vorliegende Angelegenheit präſumtive die höchſte Intelligenz beſitzen, ein Gutachten ertheilen zu laſſen, und von demſelben nicht abzuweichen, damit nicht die allgemeine Stimme des Volkes ſich über ihn mißbilligend äußere [19]): denn Vorausſetzung für jede Diſpenſation iſt eine iusta causa, ein beſonderer Nutzen oder eine Nothwendigkeit, und zwar mit der Beſchränkung, daß dadurch weder die Religion und die guten Sitten, noch der Staat, die Kirche, dritte Perſonen, oder überhaupt wohlbegründete Rechtsverhältniſſe verletzt werden. Auch hierüber enthält bereits das römiſche Recht mannigfache Beſtimmungen [20]), welche durch die ſpätere Geſetzgebung, beſonders das canoniſche Recht im Einzelnen weiter ausgeführt worden ſind (vergl. unten).

Da eine Diſpenſation ſtets eine Ausnahme von der Regel bildet, ſo iſt ſie überhaupt nicht auszudehnen und ſtricte zu interpretiren [21]). Wenn nun Javolenus den Ausſpruch thut: beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus [22]), ſo ſind dieſe Worte richtig verſtanden nicht dagegen: denn es liegt darin nichts weiter als: Diſpenſationen ſind ſo zu deuten, daß auch wirklich die bei Ertheilung derſelben vom Regenten beabſichtigte Gunſt vollſtändig in Vollzug gebracht werde. Von dieſer Anſicht, welche mit Anderen bereits J. H. Böhmer [23]) vertheidigt hat, gehen auch neuere Geſetzgebungen aus, wie denn z. B. das preußiſche Landrecht [24]) vorſchreibt, daß Privilegien und Freiheiten ſo zu deuten ſind, daß die wohlthätige Abſicht des Gebers dabei nicht verfehlt oder vereitelt werde u. ſ. w.

---

19) Vergl. Hefft er, die Erbfolgerechte der Mantelkinder u. ſ. w. (Berlin 1836, 8.), S. 123 flg., und die daſelbſt cit. Lit.

20) Des Beiſpiels wegen mag auf folgende Titel des Codex hingewieſen werden: I. 19. de precibus imperatori offerendis, I. 22. si contra ius vel utilitatem publicam, vel per mendacium aliquid fuerit postulatum vel impetratum u. a. m.

21) M. vergl. §. 6. J. de iure nat. (1. 2.): Constitutiones personales.. non ad exemplum trahuntur. L. 1. §. 2. D. de constit. principum (1. 4.), vergl. L. 13 sq. D. de legibus. (1. 3.)

22) L. 3. D. de constit. princ. (1. 4.)

23) Diss. de finibus privilegiorum cap. II. §. IX. (in den Exercitationes ad Pandectas tom. I. p. 629) wo es heißt: Ita merito privilegium accipiendum, ne inutile evadat, sed ut effectum plenum, quem legislator intendit, habeat, et ut aliquid singulare a iure communi concedat; hoc enim ipso plenum accipit effectum, quem legislator intendit.

24) Einleit. §. 55, vergl. §. 46 flg.

Die Wirkung im Einzelnen ſelbſt ergibt ſich natürlich ſtets aus dem concreten Falle und den im gemeinen und particularen Rechte für die beſonderen Inſtitute aufgeſtellten Grundſätzen[25]).

Von der höchſten Bedeutung in der ganzen Lehre von Dispenſationen wird der Unterſchied des Objectes. Während der Landesherr überhaupt über bürgerliche Verhältniſſe Geſetze gibt, und daher auch von denſelben dispenſirt, kann er auf kirchliche Gegenſtände nur ſo weit einwirken, als dieſe civilrechtliche Momente enthalten, alſo den Staat ſelbſt mit berühren, während rein kirchliche Angelegenheiten der Cognition der Kirche überlaſſen ſein müſſen. Die Grenzen zwiſchen causae saeculares, ecclesiasticae und mixtae haben gewechſelt, und ſind hier nur für einige wichtigere Anwendungen zu berückſichtigen[26]), da es in der Hauptſache nur auf die Handhabung der Disciplin ſelbſt bei dieſer Betrachtung ankommen kann. Um die jetzige Praxis zu erläutern, ſind wir genöthigt, den geſchichtlichen Entwickelungsgang der kirchlichen Dispenſen zu verfolgen.

Das kirchliche Leben beruhte anfangs auf der Freiheit des Evangeliums, welche durch die Tradition und Sitte, ſpäter auch durch beſondere Geſetze näher beſtimmt und dann mannigfach beſchränkt wurde. Wer gegen eine beſtehende Vorſchrift gefehlt, konnte erſt nach genügender Reue und Beſſerung mit der Kirche verſöhnt werden, indem er von den weiteren Nachtheilen des Geſetzes befreit oder abſolvirt wurde. Dieß entſprach der chriſtlichen Milde, *συγγνώμη*, *συμπαθεία*, *φιλανθρωπία* oder *οἰκονομία*, was die lateiniſchen Väter durch remissio, venia, clementia, miseratio, dispensatio übertrugen. Der Ausdruck dispensatio entſpricht ganz dem griechiſchen *οἰκονομία* in dem Sinne, wie derſelbe ſchon oben (ſ. Anm. 2) zu deuten verſucht worden[27]). Es beſtand alſo die Dispenſation in der Abſolution von den weiteren Folgen einer bereits geſchehenen Geſetzesübertretung, und war ſomit eine dispensatio post factum, in praeteritum. Die Ertheilung erfolgte durch den Biſchof, worüber ſchon früh der Gebrauch entſchied[28]), der auch ſpäter anerkannt wurde[29]), oder den Umſtänden nach durch die Provinzialſynode[30]). Insbeſondere lernen wir die Praxis der älteren Kirche aus den uns erhaltenen Beiſpielen der Hauptdiöceſe des Occidents kennen, da die Biſchöfe

---

25) Ueber Anwendungen bei Ertheilung der venia aetatis, bei Legitimationen, Adoptionen u. v. a. vergl. man J. H. Böhmer, diss. de sublimi princip. etc., sect. II. cap. I. (p. 542 sq.)

26) Das Speciellere wird in dem Art. geiſtliche Gerichtsbarkeit erörtert werden.

27) Vergl. Suicer, thesauris eccl. s. v. *οἰκονομία*. de Marca l. c. lib. III. cap. XIII. §. 1.

28) Jo. Jung, facta dispensationum episcopalium historica ex tribus primis saeculis collecta. Mogunt. 1787, 4.

29) C. 2 sq. Conc. Ancyr. a. 314 (c. 32. dist. L). c. 12. Conc. Nicaen. a. 325 (c. 9. C. XXVI. qu. VI.).

30) Conc. Ancyr. cit. (c. 32. §. 6. dist. L). — Athanasius, epist. ad Rufin. (de Marca cit. §. IV). S. Thomassin l. c. cap. XXIV. nr. 14. cap. XXV. in fin.

von Rom ſich genau an die vorhandenen Satzungen banden, und ein Muſter für die übrigen Kirchen des Occidents und zum Theil auch des Orients bildeten. Daraus ergibt ſich, daß eine Uebertretung der Geſetze im Voraus zu bewilligen unſtatthaft war, denn: priora dimittenda dico Dei iudicio et de reliquo maxima sollicitudine praecavendum... Remittenda haec putamus, sed ne deinceps similia committantur, ut tantae usurpationi saltem nunc finis necessarius imponatur. So Innocenz I. [31]), deſſen Nachfolger Zoſimus ſich gleichmäßig und beſtimmt darüber äußerte: Contra statuta patrum concedere vel mutare ne huius quidem sedis possit auctoritas [32]), und wiederholt Leo I. [33]). Die Abſolution ſelbſt wurde ertheilt, wenn ſich Gründe dazu ergaben, eine Nothwendigkeit, bedingt durch Zeitumſtände, Verhältniſſe der Perſon, beſonders die Rückſicht auf jugendliches Alter, wenn zugleich wegen der Menge derer, die gegen ein Geſetz gehandelt, eine zu weit greifende Beſtrafung bewirkt würde u. ſ. w. [34]) Illa nullatenus mutilanda sunt, ſagt Gelaſius, quae nec ulla necessitas, nec ecclesiastica prorsus extorquet utilitas [35]). Man nahm den Conflict zweier Uebel an und erklärte: id debemus resolvere, quod minori nexu noscitur obligare [36]).

Die Anfangs am häufigſten vorkommenden Fälle bezogen ſich auf Ordinationen und Beneficialverhältniſſe, bei denen aber eigentlich ſchon im Voraus mitunter eine Abweichung von der Strenge des Geſetzes ſtatuirt wurde. Dies geſchah beſonders bei Translationen der Biſchöfe, welche im Allgemeinen verboten waren, deren Zuläſſigkeit aber unter beſtimmten Vorausſetzungen anerkannt wurde, worüber die Synode zu entſcheiden hatte [37]). Hierüber bemerkt nun Petrus de Marca [38]), daß Translationen eigentlich nicht Dispenſationen, ſondern Interpretationen der Kirchengeſetze ſeien, da die Geſetze nur freiwilligen Wechſel geiſtlicher Stellen verbieten, nicht aber eine Veränderung, welche nach vorhergegangener Unterſuchung beſtimmt wurde. Nur die μετάβασις, nicht die μετάθεσις iſt verboten. Dieſer Deutung kann man unbedenklich beitreten [39]), und daher die Regel anerkennen, daß die ältere Kirche nur post factum dispenſirte.

---

31) Vergl. c. 41. C. I. qu. I.; verb. c. 7. Can. I. qu. VII. (a. 414); c. 14. eod.

32) Zosimus epist. V. a. 417 (c. 7. Can. XXXV. qu. I.).

33) S. c. 18. C. I. qu. VII. c. 2. dist. XIV. (Leo I. a. 442, 443). c. 14. Can. XXXIII. qu. II. (idem a. 443). Vgl. de Marca cit. cap. XIV. §. II.

34) Beiſpiele in dist. XIII. XIV, c. 11 sq. Can. I. qu. VII., namentlich auch c. 56. dist. L. (Siricius a. 385), und andere weiterhin zu cit. Stellen; ſ. auch Anm. 32, 33.

35) Vergl. auch c. 6. Can. I. qu. VII. (Gelasius a. 494).

36) Conc. Tolet. VIII. a. 653 (c. 1. d. XIII).

37) Hierüber ſ. m. die gründliche Auseinanderſetzung von Blascus in der diss. de collectione canonum Isidori Mercatoris, cap. X. (bei Gallande, de vetustis canonum collectionibus dissertationum sylloge. ed. Moguntin. tom. II. p. 83 sq.).

38) L. c. cap. XIV. §. VI.

39) Planck, Geſchichte der chriſtlich-kirchlichen Geſellſchaftsverfaſſung, Bd. 4, Th. 2, S. 660, Anm., bemerkt daher auch, daß bei Translationen die Sy-

Die Stellung, welche die römiſche Kirche ſeit dem vierten Jahrhunderte bereits einnahm, und die Anſicht, daß die wahre Lehre und Tradition vom apoſtoliſchen Stuhle feſtgehalten werde, bewirkte, daß man im Zweifel ſich von demſelben Rath holte, dieſen auch befolgte und ſpäter zur allgemeineren Richtſchnur nahm. Hierbei bot ſich für Rom die beſte Gelegenheit dar, ſchwierige und bedeutſame Fälle (causae arduae ac maiores) überhaupt von der Entſcheidung des apoſtoliſchen Stuhles abhängig zu machen und dahin namentlich alle causae episcopales zu rechnen. In umfaſſenderer Weiſe geſchah dieß ſeit Gregor VII., welcher ſchlechthin concurrirende Gewalt mit den Biſchöfen in deren Sprengeln für ſich in Anſpruch nahm, daher auch ein Abſolutionsrecht in jeder Weiſe. Immer häufiger wendeten ſich daher auch die Parochianen nach Rom, um Abſolutionen zu erhalten, ſo daß die Diöceſangeſetze deßhalb Beſchränkungen geben mußten; wie unter Anderen ſchon Ahyto von Baſel [40]) im Jahre 820, und eine Synode von Seligenſtadt im Jahre 1022 verordnete, daß Niemand ohne biſchöfliche Licenz ſich nach Rom begeben ſolle, und Keinem eine in Rom erlangte Indulgenz förderſam ſein werde, ehe er die von ſeinem eigenen Prieſter ihm auferlegte Buße übernommen habe [41]). Andererſeits aber holten ſich die Biſchöfe oft ſelbſt vom apoſtoliſchen Stuhle beſondere Conceſſionen, Diſpenſationen ertheilen zu dürfen [42]).

Während bisher regelmäßig nur in praeteritum diſpenſirt (abſolvirt) wurde, begann man ſeit dem eilften Jahrhundert öfter auch in futurum, alſo supra ius zu diſpenſiren. Beſondere Veranlaſſung gaben dazu wohl die Anträge wegen Entbindung von Ehehinderniſſen, welche durch die Verwechſelung der Begriffe gradus und generatio bis zum vierzehnten Grade römiſcher Computation ausgedehnt worden waren. Man hatte hierbei um ſo mehr Anlaß, ſich aus Rom Rath zu holen, als meiſtens causae arduae ac maiores allein in Betracht kamen, da man in causis minoribus Anfangs überhaupt nicht diſpenſirte. So reſervirten ſich die römiſchen Biſchöfe immer mehr Fälle [43]), und Innocenz III. [44]) ſtellte gera-

nyden nur erklärten, daß der jedesmal vorliegende Fall nicht unter dem Verbote begriffen ſei.

40) In dem Capitulare Ahytonis episcopi Basileensis cap. XVIII. (Hartzheim, concilia Germaniae, T. II. p. 19) heißt es unter Anderem: „Ut, qui causa orationis ad limina beatorum Apostolorum pergere cupiunt, domi confiteantur peccata sua et sic proficiscantur: quia a proprio Episcopo suo aut sacerdote ligandi aut exsolvendi sunt, non ab extraneo.“

41) Concil. Salegunstat. can. XV. XVII. (Hartzheim, conc. Germ. T. III. p. 60). — Aehnliche Beſtimmungen enthält auch das Concil zu Limoges (Lemovicense II.) v. J. 1031, sess. II. (bei Mansi, coll. conc. T. XIX. col. 546—548) „Inconsulto Episcopo suo ab Apostolico poenitentiam et absolutionem nemini accipere licet.“

42) Aus dem achten Jahrh. Beiſpiele bei de Marca, cap. XV. §. V., aus dem neunten vergl. man c. 17. Can. XII. qu. II. c. 15. Can. XXXIII. qu. II. (Nicolaus I.) u. a., aus dem eilften Thomassin l. c. cap. XXVII. §. 9 sq.

43) So Innocenz II. auf dem Lateranconcil von 1139 die Abſolution deſſen, der einen Cleriker getödtet (c. 29. Can. XXVII. qu. IV.), Clemens III. andere derartige Fälle; c. 18. 19. 22. X. de sententia excommunicat. (5. 39.) u. a. m.

44) Vergl. beſonders Thomassin l. c. cap. XXVIII.

dezu das Princip auf, daß eigentlich nur die Päpſte in futurum diſpenſiren könnten: Nos secundum plenitudinem potestatis de iure possumus supra ius dispensare [45]). Seine Diſpenſationsbefugniß, von der er vielfach Gebrauch machte [46]), rechtfertigte er überhaupt durch die Bezugnahme auf ſeine Allgewalt und das beſondere Bedürfniß. Daher äußert er: Ascitis aliis in partem sollicitudinis summus Pontifex assumptus est in plenitudinem potestatis: qui cum moderator sit canonum, iuri non facit iniuriam, si dispensat [47]). Darauf hin konnte das Diſpenſationsrecht in immer weiterem Umfange geübt und von den Päpſten geltend gemacht werden. Welche Anſicht ſich hierüber mit der Zeit feſtgeſtellt hatte, beweiſt die Praxis, wie dieſe insbeſondere von der Gloſſe anerkannt wird. Hiernach diſpenſirt der Papſt gegen den Apoſtel und die apoſtoliſchen Canones, gegen das alte Teſtament u. ſ. w., nur nicht gegen die Evangelien und Glaubensartikel [48]). Indem der Papſt ſich ſelbſt als veri Dei vicem gerens betrachtete, konnte ihm auch ein coeleste arbitrium beigelegt werden, nach welchem er naturam rerum immutat, substantialia unius rei applicando alii et de nullo potest aliquid facere, et sententiam, quae nulla est, facit aliquam, quia in his, quae vult, ei est pro ratione voluntas etc. [49])

Man würde indeſſen irren, wenn man annähme, daß dieſe Grundſätze allgemein anerkannt geweſen wären, vielmehr fehlte es nicht an Geiſtlichen, welche dieſe ganze Theorie beſtritten, und an Biſchöfen, welche ihr ius ordinarium in Beziehung auf Diſpenſationen gegen Rom geltend zu machen gewußt haben [50]). In England und Teutſchland traten ſchon ſeit dem dreizehnten Jahrhundert mehrere Synoden dagegen auf [51]), und auf den Reformationsſynoden des funfzehnten Jahrhunderts wurde dieſe Angelegenheit in nähere Erwägung gezogen. Man begnügte ſich hier

---

45) C. 4. X. de concess. praebendae (3. 8.); vergl. c. 15. X. de temporib. ordinat. (1. 11.)

46) Man vergl. ſtatt vieler c. 2—4. X. de translat. episcop. (1. 7.) v. J. 1198, 1199, c. 8. X. de voto (3. 34.) v. J. 1200, c. 11. X. de renunciatione (I. 9.) v. J. 1208, c. 19. X. de sentent. et re iudicata (2. 27.) v. J. 1212, u. a. m.

47) Epist. lib. XVI. ep. 154 (Thomassin l. c. cap. XXVIII. §. V.; vergl. v. Raumer, Geſchichte der Hohenſtaufen, Bd. 6, S. 243).

48) Gloſſe zu c. 4. X. de concess. praeb. (3. 8.), zu c. 3. X. de translat. (1. 7.) u. a. In der Gloſſe zum c. 2. Can. XV. qu. VI. heißt es: Dico enim, quod contra ius naturale Papa potest dispensare, dum tamen non contra Evangelium, vel contra articulos fidei, tamen contra Apostolum dispensat. — Dist. XXXIV. c. 18. dist. LXXXII. c. 5.

49) Ueber dieſe und andere ähnliche Anſichten vergl. man Gieſeler, Kirchengeſch., Bd. 2, Abth. 3, §. 101.

50) M. ſ. z. B. Thomassin l. c. cap. XXIX. §. 3 sq., bereits von Bernhard von Clairveaux, Goffredus u. A.; ſpäter von Gerson, de reformatione ecclesiae in Conc. universali, cap. XVII. (bei Herm. v. d. Hardt, Conc. Constant. T. I. u. a.)

51) Thomassin l. c. cap. XXVIII. §. 8. 9. Die katholiſche Kirche, beſonders in Schleſien (2. Ausg., Altenburg 1827, 8.), S. 316. Kopp, die katholiſche Kirche im neunzehnten Jahrhundert (Mainz 1830, 8.), S. 252.

aber damit, das Verſprechen des Papſtes zu erhalten, daß nicht ohne dringende Veranlaſſung und nicht ohne Einholung des Rathes der Cardinäle von demſelben Diſpenſationen ertheilt werden ſollten (Dominus [Martinus P.P.V.] noster in arduis et gravibus causis sine consilio cardinalium non intendit dispensare). Das Recht des Papſtes, supra ius überhaupt zu diſpenſiren, beſtritt man gar nicht, ſondern geſtand es zu in Beziehung auf dispensationes super incompatibilibus, de non promovendo ad ordines, super defectum aetatis, super defectum natalium, de non referendo super contrahendo matrimonium in gradibus prohibitis et non suscipiendo munus consecrationis aut benedictionis [52]). Auch ſprach der Papſt ſelbſt in ſeinen am 28. Februar 1418 publicirten Kanzleiregeln ſich demgemäß aus [53]). Auf dem Concil von Baſel kam dieſe Angelegenheit wiederum zur Sprache und hier nahmen die Biſchöfe Diſpenſen in Eheſachen, welche zu Rom ſtets gegen die Gebühren ertheilt wurden, für ſich ſelbſt in Anſpruch: denn bei der Acceptation der basler Decrete im Jahre 1439 erklärte man: Gravantur nostre nacionis fideles, in quarto consanguinitatis vel affinitatis gradu coniuncti matrimonium contrahere volentes, dum ad hoc dispensandum ubi leviter dispensatur sedem apostolicam consulere sunt astricti [54]). Schon damals betrachtete man dergleichen Beſtimmungen als Nachtheile, non ex caritate, sed ambicione avaricia et cupiditate omnium malorum radicibus introducta, forderte aber doch erſt, nachdem Luther's Reformation bereits begonnen, die förmliche Aufhebung der bisherigen Praxis [55]). Auf dem Reichstage zu Worms im J. 1521 verlangte man, daß die Ehediſpenſation den Biſchöfen überlaſſen würde, und wiederholte dieß in den 1522 zu Nürnberg und 1526 zu Speier übergebenen Gravamina der teutſchen Nation, zugleich mit der Erklärung, daß die beſtehenden Einrichtungen verwerflich wären, da ſie nur auf Gelderpreſſung gerichtet ſeien [56]). Indeſſen kam es doch zu keiner

---

52) Germanicae nationis articuli de reformatione ann. 1418, art. XV. (Gaertner, corp. iuris eccl. T. II. p. 137); vergl. aber auch Herm. v. d. Hardt, concil. Constantiense T. I. p. 615 sq. p. 1068. Hartzheim, conc. Germ. tom. V. p. 133. 139. 147. 731.

53) Die Regeln bei v. d. Hardt l. c. T. I. p. 977 sq. tit. de dispensationibus.

54) Koch, sanctio pragm. Germ. illustrata, p. 99.

55) Bemerkenswerth ſind auch die Bedingungen, welche dem päpſtlichen Legaten im J. 1501 vor ſeinem Eintritt ins Reich, vorgelegt wurden, indem es über unſeren Gegenſtand darin heißt: Wo die päbſtlich Botſchaft in causis matrimonialibus oder andern ziemblich fürfallenden Sachen, wie die geſeyn mögten, diſpenſiren, abſolutiones oder dergleichen geben wolt, daß ſolichs allenthalben dermaßen fürgenommen werde, daß es consuetudini patriae nicht derogire, ſondern daß ſeine Würde darinn verſtändige und ehrbare Commiſſarien... ſetze u. ſ. w. Abſchied des Reichsregimentes zu Nürnberg von 1501, §. 12, 18, 19 (in den Sammlungen der Reichsabſchiede).

56) 1521: Diſpenſation im 2. und 3. Grad, Syp und Magſchaft — — wert nott, daß die Ordinari ſolch Diſpenſation nach der Gepür ziemlich zu thun, und mit Bäbſtliche Bottſchafter oder ander zu Rom, ſölichs zu erlauben, Macht haben ſölten. — 1522 de dispensationibus nr. 1. 2 sq. 20: — Imperantur

Abänderung, und man begnügte ſich in Teutſchland, indem man das bisherige päpſtliche Recht anerkannte, überhaupt nur vor Mißbrauch zu warnen und zur Vermeidung von Fälſchungen die Forderung aufzuſtellen, daß von keiner römiſchen Diſpenſation Gebrauch gemacht werden dürfe, bis der Biſchof ſich von der Aechtheit des päpſtlichen Erlaſſes und der Wahrheit der demſelben zu Grunde liegenden Thatſachen überzeugt habe[57].

Auf dem Concil zu Trient wurde mehrfach über das Diſpensweſen, beſonders in der Anwendung auf Eheſachen verhandelt und im entgegengeſetzten Sinne darüber disputirt: denn während der Dominicaner Adrian dem Papſte eine unbedingte Macht hierbei zugeſtand, widerſprach mit Anderen Johannes, Biſchof von Verdün, indem er erklärte, daß eine Diſpenſation im Allgemeinen nichts Anderes ſei, als eine Interpretation oder Declaration eines Geſetzes, da der Papſt einen wirklich Verpflichteten von ſeiner Obligation gar nicht zu entbinden vermöge. Andererſeits ward zwar das Diſpenſationsrecht überhaupt anerkannt, von den ſpaniſchen und franzöſiſchen Abgeordneten jedoch, als den Biſchöfen zuſtehend, in Anſpruch genommen[58].

Zu einer unbedingten und allgemeinen Entſcheidung ließ der Papſt es aber gar nicht kommen, ſondern gab blos einige dem Mißbrauche ſteuernde Regeln, und geſtattete den Biſchöfen mehrfache Befugniſſe. So ward beſtimmt: Quodsi urgens iustaque ratio et maior quandoque utilitas postulaverint, cum aliquibus dispensandum esse; id causa cognita, ac summa maturitate atque gratis a quibuscunque, ad quos dispensatio pertinebit, erit praestandum; aliterque facta dispensatio subreptitia censeatur[59]. Während hiernach implicite das Recht der Biſchöfe mit anerkannt iſt, wird dieſes für einzelne Fälle noch ausdrücklich hervorgehoben: Liceat episcopis in irregularitatibus omnibus et suspensionibus, ex delicto occulto provenientibus, excepta ea, quae oritur ex homicidio voluntario, et exceptis aliis deductis ad forum contentiosum, dispensare et in quibuscunque casibus occultis, etiam sedi Apostolicae reservatis,

---

multa, quae nullo divino praecepto vel interdicta sunt vel imperata. Quod genus sunt: matrimoniorum tam innumera excogitata obstacula..... Haec nimirum atque iis similes complures humanae constitutiones eo usque ligant homines, donec pecunia sibi harum legum gratiam a statuentibus impetrent: ut ita pecunia faciat divitibus licitum, quod tenuibus gratis sit prohibitum. Illicitisque his legum ac constitutionum humanarum retiiaculis non modo magnorum nummorum copia a Germanis est expiscata, e Germania et trans Alpes lata, sed et maxima inter aeque Christianos orta iniquitas" (vergl. G. M. Weber, die hundert Beſchwerden der geſammten teutſchen Nation u. ſ. w. Erlangen 1829).

57) So verordnete z. B. die cölner Synode vom J. 1536, P. I. cap. 32. 33. (Hartzheim, conc. Germ. T. VI. p. 250. 251.), verb. P. VII. cap. 46 (eod. p. 289); desgleichen die Synode von Lüttich von 1548, cap. 15 (eod. p. 396), was das Tridentinum auch nachher anerkannte (ſ. Anm. 61).

58) Sarpi, historia concilii Tridentini (ed. Amstelod. 1622, 4.) lib. VIII. p. 788, 789, 872, u. a. m.

59) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 18 de reform.

delinquentes.... in foro conscientiae gratis absolvere..[60]), und die biſchöfliche Mitwirkung in manchen Fällen, wenn dieſe auch dem Papſte zuſtehen ſollten, vorgeſchrieben: Dispensationes, quacunque auctoritate concedendae, si extra Romanam curiam committendae erunt, committentur ordinariis illorum, qui eas impetraverint. Eae vero, quae gratiose concedentur, suum non sortiantur effectum, nisi prius ab eisdem, tanquam delegatis Apostolicis, summarie tantum et extraiudicialiter cognoscatur, expressas preces subreptionis vel obreptionis vitio non subiacere[61]).

Außerdem ergingen Beſchränkungen hinſichtlich der Dispenſationen von Eheverboten[62]), der Promotionen[63]), und die Feſtſetzung, daß dauernde Dispenſationen von der Reſidenz, zum Genuſſe der Früchte während der Abweſenheit[64]), ſo wie davon, daß Söhne ihren Vätern in einem Beneficium ſuccediren dürfen[65]), unzuläſſig ſeien. Endlich wurde den Biſchöfen das Recht beigelegt, ſich ſelbſt gewiſſe Caſus zu reſerviren[66]). Durch dieſe Beſtimmungen war aber keineswegs das Verhältniß des Papſtes und der Biſchöfe vollſtändig geregelt, und Rom konnte daher ſyſtematiſch ſein Recht ausdehnen und, indem es am Princip feſthielt, die Ausübung den Biſchöfen leihweiſe übertragen. Seit dem Anfange des ſiebenzehnten Jahrhunderts[67]) wurden den Biſchöfen beſondere Indulte oder Facultäten ertheilt, vermöge deren ſie das dem Papſte zuſtehende Dispenſationsrecht als deſſen Delegirte in gewiſſem Umfange und für gewiſſe Zeit (regelmäßig 5 Jahre, daher facultates quinquennales) auszuüben die Erlaubniß erhielten. Auf dieſem Wege wurden nun wieder Fälle als päpſtliche Reſervate aufgeführt, welche das tridentiniſche Concil bereits den Biſchöfen als eigene überlaſſen hatte. Dieſe Facultäten ſind ſchon ſeit langer Zeit unverändert[68]). Gleich der erſte Caſus, der die Abſolution

---

60) Eod. sess. XXIV. cap. 6 de reform., verb. sess. XIV. cap. 7 de reform.

61) Eod. sess. XXII. cap. 5 de reform., vergl. sess. VI. cap. 2 de reform. sess. VII. cap. 5 de ref. sess. XIII. cap. de ref. (ſ. die Anm. 57 cit. Stellen).

62) Eod. sess. XXIV. cap. 4. 5. de ref. matrim.: In contrahendis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio, vel raro, idque ex causa et gratis concedatur...

63) Eod. sess. VII. cap. 11. 12. de ref.

64) Eod. sess. VI. cap. 2. de ref. Ueber die ſonſtigen Gründe zur Ertheilung einer Dispenſation von der Reſidenz ſ. m. eod. sess. XXIII. cap. 1. de ref.

65) Eod. sess. XXV. cap. 15. de ref.

66) Eod. sess. XIV. cap. 11. de poenit.

67) Nach Kopp, die katholiſche Kirche a. a. O. S. 254, ſoll der Kurfürſt von Mainz, Erzbiſchof Philipp von Schönborn, im Jahre 1618 der Erſte geweſen ſein, der die römiſchen Facultäten erhielt.

68) So die vom Jahre 1737 bei Kock, series episcoporum Monasteriensium, tom. IV. p. 214—220; vom J. 1772 bei Gaertner, corpus iuris eccl. T. II. p. 433 sq.; vom J. 1803 bei v. Droſte-Hülshoff, Grundſätze des Kirchenrechtes (2. Ausg.), Bd. 4, S. 592 flg. Damit vergl. man die bei Jacobſon, Geſchichte der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates, Bd. 1, Th. 1, Anhang Nr. 2, 3.

von der Häreſie und Apoſtaſie concedirt, gebührt den Biſchöfen nach dem Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6 de ref. (ſ. oben Anm. 56). Daſſelbe gilt vom achten Caſus wegen der Diſpenſation von Irregularitäten u. ſ. w. (Anm. 56), ſo wie vom zwölften Caſus wegen der Ordinationen außer der geſetzlichen Zeit und ohne Berückſichtigung der Interſtitien (Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 11. 13. 14.) u. ſ. w. Da in ſolchen und anderen Fällen überdieß den päpſtlichen Nuntien die umfaſſendſten Rechte zugeſtanden wurden, welche geeignet waren, das Recht der Biſchöfe in ihren Diöceſen völlig zu vernichten [69]), ſo ſuchten die Erzbiſchöfe von Mainz, Cöln und Trier zuerſt auf dem Convente zu Coblenz im Jahre 1769 [70]), und dann in Gemeinſchaft mit dem Erzbiſchofe von Salzburg auf dem Congreſſe im Bade Ems im Jahre 1786 [71]) ein ſelbſtſtändigeres Diſpenſationsrecht zu begründen. In ihrer Punctation [72]) vom 25. Auguſt beanſpruchten ſie das Recht, a) in dem allgemeinen Abſtinenzgebote zu diſpenſiren, wenn dieſe Diſpens ſich auf öffentliche Nothwendigkeit oder Nutzbarkeit der untergebenen Diöceſanen gründet; b) in allen Ehehinderniſſen, ſo weit der heilige Stuhl zeither den Biſchöfen allgemeine Diſpensvollmacht, oder auch zuweilen in einzelnen Fällen noch näherer Grade, nämlich in secundo gradu consanguinitatis und in primo et secundo gradu affinitatis Diſpenſen zu ertheilen pflegte. Wobei es jedem Erz- und Biſchofe frei bleibt, in vorkommenden bedenklichen Fällen ſich bei Sr. päpſtlichen Heiligkeit Raths zu erholen. Weil aber c) in dem dritten und vierten Grade der Conſanguinität und Affinität, auch der geiſtlichen Verwandtſchaft in den meiſten Fällen, und dem ſogenannten impedimento publicae honestatis immer diſpenſirt wird, ſo könnte mit den noch übrigen Biſchöfen näher überlegt werden, ob es nicht räthlicher ſei, dieſe impedimenta ganz aufzuheben. d) Aufhebung der Verbindlichkeiten, die aus den heiligen Weihen entſpringen, und zwar bei eintretenden erheblichen und dringenden Urſachen in Anſehung der Sub- und Diaconen. e) Losſprechung der Ordensgeiſtlichen von ihren feierlichen Gelübden [73]). f) Diſpenſation in der Mehrheit der Präbenden [74]). — Außerdem erklärten die Erzbiſchöfe, daß die ſogenannten facultates quinquennales vom römiſchen Hofe nicht mehr begehrt, ſondern in den darin enthaltenen Fällen die erforderlichen Diſpenſen, wenn canoniſche Beweggründe im Mittel lägen, vom Biſchofe ertheilt, auch über die Statuten der teutſchen Kirchen römiſche Diſpenſen nicht weiter zugelaſſen werden ſollten [75]).

---

69) M. ſ. z. B. wegen der Facultäten des cölner Nuntius: Geſchichte der Nuntiaturen Teutſchlands von A. J. C. 1790. (5. L.) S. 137 flg.

70) Die Schlüſſe vom 13. Dec. d. J. bei Le Bret, Magazin der Staats- und Kirchengeſchichte, Bd. 8, S. 21 flg.

71) Vorarbeiten dazu bei Kopp a. a. O. S. 16 flg.

72) Oft gedruckt, unter andern bei Martens, recueil des principaux traités, T. IV. p. 748 sq.; Gaertner, corp. iur. P. II. p. 347 sq.

73) Punctation cit. Art. 2.

74) A. a. O. Art. 5.

75) A. a. O. Art. 4, 14.

Mit ähnlichen Forderungen war auch gleichzeitig die von Scipio Ricci gehaltene Synode zu Piſtoja aufgetreten. Allein weder in Teutſchland, noch in Toscana trat die übrige Geiſtlichkeit bei, und ſo konnte der Papſt alle der bisherigen Praxis widerſprechenden Vorſchläge aufs Entſchiedenſte zurückweiſen. Dieß that er theils in der Responsio ad Metropolitanos Moguntinum etc. super nunciaturis apostolicis, vom 14. November 1789, theils in der Bulle Auctorem fidei vom 28. Auguſt 1794[76]). Die letztere, zunächſt gegen die Synode von Piſtoja gerichtet, iſt ſpäterhin auch allgemeiner dem Clerus als maßgebend eingeſchärft worden, ſo daß auch ihre Erklärung über die Diſpenſen als die von Rom noch vertheidigte zu betrachten iſt[77]). Hier heißt es denn unter Anderem: Doctrina, quae statuit conveniens videri in impedimentis canonicis, quae proveniunt ex delictis in iure expressis, ullam unquam nec concedendam nec admittendam esse dispensationem aequitatis et moderationis canonicae a sacro Concilio Tridentino probatae laesiva, auctoritati et iuribus ecclesiae derogans, u. dgl. m.[78])

Daher iſt denn auch jetzt noch die Verleihung der Facultäten in der bisher üblichen Weiſe beibehalten und die Handhabung der curialiſtiſchen Disciplin durch mehrere beſondere Verordnungen eingeſchärft worden. Nach der noch geltenden römiſchen Theorie erfordert eine Diſpenſation:

I) das Recht des Ertheilenden. Im Allgemeinen iſt der Papſt im Beſitze, der ſich auch ſelbſt oder, nach der Anſicht Mancher, durch ſeinen Beichtvater Diſpenſen ertheilt[79]), während die Biſchöfe nur ausnahmsweiſe diſpenſiren ſollen, nämlich

1) in den Fällen, welche ausdrücklich das canoniſche Recht als ihnen zuſtehend bezeichnet. Den Grundſatz ſelbſt ſtellte ſchon Innocenz III. auf, und die Quellen enthalten mehrfache Anwendungen[80]). Insbeſondere gehört hierher auch die Diſpenſation von eigenen Verordnungen der Biſchöfe[81]).

2) In den Fällen, welche die Quinquennalfacultäten den Biſchöfen überweiſen.

Dieſe Theorie wird von den Epiſkopaliſten beſtritten, und dagegen behauptet, daß in dubio ſtets der Biſchof zu diſpenſiren habe, der Papſt

---

76) M. ſ. Eiſenſchmidt, römiſches Bullarium, Bd. 2, S. 557 flg., S. 638 flg.

77) Sie iſt daher auch in die neue Ausgabe des Concils von Trient, welche mit Approbation des kathol. ſächſiſchen Conſiſtoriums, im J. 1839 zu Leipzig erſchienen iſt, unter den Anhängen Quae theologiae candidatis utilia esse videntur, col. 145 sq., mit übergegangen.

78) M. ſ. z. B. Art. 56, 57 u. a.

79) Vergl. J. H. Böhmer, diss. praelimin. T. IV. iuris eccl. Prot. §. LI; Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 175.

80) C. 15. X. de temporib. ordinat. (1. 11.) — C. 59. X. de electione. (1. 6.) C. 4. §. 2. X. de iudiciis. (2. 1.) Cap. 34. de electione in VI. (1. 6.) C. 1. de filiis presbyterorum in VI. (1. 11.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de ref.

81) Benedict. XIV. de synodo dioecesana lib. XIII. cap. V. §. 7 sq.

aber nur in den ihm wirklich reſervirten Fällen [82]). Außerdem aber nehmen Viele, die ſonſt die päpſtlichen Vorrechte nicht beſtreiten, an, daß casus papales superveniente impedimento adeundi Papam fiunt episcopales [83]). So ſchrieb auch am 20. October 1810 der Fürſtbiſchof von Breslau, als ſeine Communication mit dem Papſte gehemmt war, an ſeinen Generalvicar: „Bei dieſen außerordentlichen Umſtänden tritt der Fall ein, daß ich als ordinarius und delegatus sedis Apostolicae nach den kirchlichen Geſetzen, der Meinung der bewährteſten Canoniſten und der praxis Episcoporum befugt bin, potestate episcopali ordinaria die Diſpenſen zu ertheilen, welche ſonſt beim apoſtoliſchen Stuhle zu Rom nachgeſucht werden.“ Andere dehnen dieſe Befugniß noch weiter aus und legen dem Biſchofe das Diſpenſationsrecht bei a) in dringenden Fällen, wo Gefahr im Verzuge iſt, b) wo das Gewohnheitsrecht für den Biſchof ſpricht, c) in causis quotidianis et levibus, d) in Fällen, wo es überhaupt zweifelhaft iſt, ob es einer Diſpenſation bedarf.

So lange übrigens die Curie dieſe Ausnahmen noch nicht anerkannt hat, wird von Seiten der weltlichen Behörden eine Erleichterung nicht wohl erwirkt werden können, wenn die Biſchöfe nicht ſelbſt ihr Recht geltend machen. [84]). — Außer den Biſchöfen diſpenſiren auch die Generalvicare vermöge ihnen ertheilter Vollmacht [85]), welche aber in Betreff der Häreſis unſtatthaft iſt, und sede vacante das Capitel oder deſſen Generalvicar, mit Ausnahme der dem Biſchofe höchſt perſönlich übertragenen Diſpenſen [86]).

II) Das Recht des Empfängers. Dieß beruht ſtets auf einer iusta causa, als welche eine necessitas und utilitas, vereinbar mit ſonſt beſtehenden Rechten Dritter, überhaupt erſcheint [87]). Daher wird eine Diſpenſation unkräftig, wenn eine sub- oder obreptio bei der Erwähnung der Motive zur Ertheilung ſtattfand [88]), in welcher Beziehung den Biſchöfen die Pflicht der Prüfung jeder päpſtlichen Diſpenſation auferlegt iſt (ſ. oben Anm. 57, 61).

III) Die Wirkung beſteht überhaupt in der Befreiung von der Befolgung der geſetzlichen Vorſchrift, reſp. in der Erlaubniß zu einer ſonſt unſtatthaften Handlung oder der Löſung der Vollziehung ſonſtiger Erfor-

---

82) M. ſ. z. B. Sauter, fundamenta iuris eccl. P. III. §. 322 sq.; v. Droſte-Hülshoff, Grundſätze des Kirchenrechtes, Bd. 2, Abth. 2, §. 210, Nr. V. A. B. u. a. — Dagegen Walter, Lehrbuch, §. 175.

83) S. Kopp a. a. O. S. 256.

84) M. ſ. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 24, 25.

85) Vergl. c. 4. de procuratoribus in VI. (1. 19.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de ref.: Per se ipsos aut Vicarium, ad id specialiter deputandum.

86) C. 11. X. de M. et O. (1. 33.)

87) M. ſ. die oben Anm. 34 cit. Stellen, insbeſondere noch c. 8. X. de voto (3. 34.) (Innoc. III. a. 1200); c. 19. X. de sentent. et re iudicata (2. 27.) (idem a. 1212). — Ueber die Streitfrage, ob der Papſt auch sine iusta causa wirkſam diſpenſiren könne, ſ. m. de Marca l. c. cap. XV. §. 1 sq.

88) Beiſpiele in c. 6. X. de consanguin. (4. 14.) (Innoc. III. a. 1213); c. 21. de praebendis in VI. (3. 4.) (Bonif. VIII. a. 1298).

derniſſe, jenes z. B. bei der Verſtattung einer verbotenen Ehe, dieſes bei der Befreiung von Faſten u. ſ. w. Hierbei äußert aber das Verhältniß der kirchlichen und bürgerlichen Geſetzgebung einen beſtimmten Einfluß, indem eine Diſpenſation zugleich religiös und politiſch, oder nur religiös anerkannt ſein darf (dispensatio publica — privata). Blos kirchlich in Betracht kommt die Diſpenſation, zu deren Erlangung nur das Gewiſſen verpflichtet iſt (dispensatio pro foro interno, im Gegenſatze der disp. pro foro externo). Iſt eine Diſpenſation kirchlich und bürgerlich erforderlich und verpflichtend, ſo muß ſie von der competenten Behörde der Kirche und des Staates zugleich ertheilt werden. Nicht ſelten gibt es aber Diſpenſationen, welche nur von der Kirche oder nur vom Staate gefordert werden. In jenem Falle, welcher beſonders in Ländern vorkommt, deren Regierung eine nicht katholiſche iſt, fordert es die Reception der katholiſchen Kirche, daß die Erwirkung ſolcher Diſpenſen nicht verhindert oder ohne Grund erſchwert werde. Da die Regierung von ihrem Standpunkte aus die Verleihung ſolcher Diſpenſationen nur als Angelegenheit des Gewiſſens betrachtet, ſo hat ſie diejenigen Katholiken, welche ſich nach dem Civilrechte, das auch ohne Diſpens eine Handlung für rechtsgiltig erklärt, richten wollen, bürgerlich zu ſchützen, ohne freilich die Kirche daran zu hindern, daß ſie gegen Verächter ihrer Sanctionen auch mit kirchlichen Strafen verfahre [89]). Unzuläſſig würde es dagegen ſein, daß eine kirchliche Diſpenſation in einem Falle gewährt würde, den der Staat als indiſpenſabel bezeichnet hat. Wo eine Diſpenſation aber bürgerlich gefordert wird, wenn die Kirche dieſelbe auch nicht vorgeſchrieben, iſt dieſelbe vom Staate einzuholen.

So entſcheiden die neueren Particularrechte, wie das preußiſche [90]), das von Sachſen-Weimar [91]) und andere, ja zum Theil ſelbſt die katholiſcher Länder [92]).

IV) Die Ertheilung der Diſpenſationen ſelbſt iſt an beſtimmte Formen gebunden [93]). Was beſonders die von Rom zu erlangenden betrifft, ſo kommt es hier auf den Unterſchied derer pro foro interno und externo vorzüglich mit an. Jene, welche ſich auf die Sündlichkeit einer Handlung allein beziehen, falls der Caſus geheim blieb, ertheilt die **Poenitentiaria Romana**, dieſe, deren Object die äußere kirchliche Disciplin bildet, gehen von der **Dataria** aus. Jene werden unmittelbar durch die Biſchöfe an den römiſchen Stuhl befördert, dieſe gehen

---

89) S. **Dürr**, diss. de domino territoriali Protestantico suis subditis catholicis in impedimentis matrimonium iure eccl. dirimentibus nulliter dispensante (Mogunt. 1769), beſonders §. XXV. XXVI. (auch bei **Schmidt**, thesaur. iuris eccl. T. VI. p. 662).

90) Allg. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 3 flg.; Th. 2, Tit. 9, §. 443, 444.

91) Geſetze vom 7. Oct. 1823.

92) So in Oeſterreich zum Theil wegen des Ehehinderniſſes propter cognationem spiritualem etc. (v. **Zeiller**, Commentar über das allg. bürgerl. Geſetzbuch, Bd. 1, S. 176 flg., 236 flg.).

93) M. vergl. beſ. **Plettenberg**, notitia congregationum et tribunalium curiae Rom. (Hildesii 1693, 8.) p. 230 sq. u. A.

durch die Staatsbehörden und erfordern das landesherrliche Placat [94]). Die dafür zu entrichtenden Gebühren ſind durch eigene Taxordnungen beſtimmt. Da Dispenſen eigentlich gratis zu ertheilen ſind, ſo ſind die Taxen zunächſt zur Unterhaltung der Behörden angeordnet.

In der *evangeliſchen Kirche* [95]) iſt principmäßig die Anwendung von Dispenſationen beſchränkt und für die Fälle, in denen ſonſt gewöhnlich eine Dispenſation erforderlich ſchien, die Geſetzgebung ſelbſt geändert. Demungeachtet iſt doch noch mehrfach das Dispensweſen beibehalten, und das Recht zur Ertheilung als ein dem Landesherrn zuſtehendes anerkannt, welches unbedingt ihm als Inhaber der Kirchengewalt zukommt, und da, wo ihm dieſe Gewalt fehlt, unter ſeiner Aufſicht gehandhabt wird. Gewiſſe Dispenſationen pflegt der Landesherr ſich zu reſerviren, andere werden in beſtimmtem Umfange von dem Miniſterium des Cultus, den Conſiſtorien und Superintendenten ertheilt. Particularrechte enthalten nähere Feſtſetzungen. In *Preußen* dispenſirt der *König* von allem Aufgebote und von einzelnen Ehehinderniſſen [96]), das *Miniſterium* vom dritten und zweiten Aufgebote [97]), inſoweit nicht in einzelnen Provinzen den Oberpräſidenten dieß überlaſſen iſt [98]), desgleichen vom defectus aetatis der Ordinanden [99]), die *Regierung* von Taufen und Trauungen in der Kirche, von dem dritten Aufgebote und den verfaſſungsmäßigen Erforderniſſen der Confirmation [100]). Die ſonſt noch vorkommenden Dispenſen ſtehen dem Conſiſtorium zu. Im Weſentlichen ſind die dispenſabeln Fälle in anderen Ländern bezüglich der evangeliſchen Kirche dieſelben, die Verwaltung aber nach dem Reſſortverhältniſſe verſchieden, wie in *Sachſen* [101]), *Bayern* u. ſ. w. [102]) Die Gebühren werden auch hier nach beſtimmten Sporteltaxen entrichtet [103]).

94) Dieß geſchieht in allen ſowohl katholiſchen, als proteſtantiſchen Ländern, mit Ausnahme Belgiens. In der neueſten Zeit iſt Rom wieder gegen dieſe wohlbegründete Praxis aufgetreten.

95) J. H. *Böhmer*, diss. de sublimi principum disp., sect. I. cap. II. §. 30. 31. sect. II. cap. II. *Eichhorn*, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 63–65. *Stahl*, die Kirchenverfaſſung nach Lehre und Recht der Proteſtanten (Erlangen 1840), S. 187, 188.

96) Allg. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 153; Anhang zum Landrecht §. 62; vergl. Cab.-Ordre vom 17. Jan. 1838 (v. *Kamptz*, Annalen, Bd. 22, Heft 2, S. 351).

97) Inſtruction vom 23. Oct. 1817, §. 2, Nr. 10.

98) Miniſt.-Reſcr. vom 4. Februar 1819 (v. *Kamptz*, Annalen, Bd. 3, H. 1, S. 98).

99) Miniſt.-Reſcr. v. 13. Juli 1834 (vergl. das Public. des Conſiſtoriums der Provinz Sachſen vom 30. Juli 1834, in v. *Kamptz*, Annalen, Bd. 18, H. 3, S. 712).

100) Regier.-Inſtruct. vom 23. Oct. 1817, §. 18 h, verb. mit der Conſiſtorial-Inſtruct. v. demſ. T. §. 2, Nr. 10.

101) M. ſ. *Weber*, ſyſtemat. Darſtellung des im Königreich Sachſen geltenden Kirchenrechtes, Th. 1, Abth. 1, S. 304 flg.; Th. 2, Abth. 1, S. 183; Abth. 3, S. 1134 flg., 1296 flg.

102) Bayerſches Relig.-Edict von 1818, §. 11, Nr. 11. Verordnung vom 31. Mai 1820.

103) M. ſ. z. B. das großherz. ſachſen-weimariſche Geſetz vom 27. April 1836 (Regier.-Blatt Nr. 16).

Wegen der eigenthümlichen Stellung der evangeliſchen Kirche zum Staate ſind die Dispenſationen regelmäßig zugleich kirchlich und bürgerlich wirkſam.

Ob der Landesherr in kirchlichen Angelegenheiten einer Dispenſation bedürfe, wird verſchieden beantwortet. Es gilt hier aber nach der richtigen Anſicht wohl daſſelbe, was oben in Beziehung auf politiſche Verhältniſſe erinnert worden iſt [104]).

Die Rechtsgrundſätze für die einzelnen Verhältniſſe ſelbſt, bei welchen ſowohl in der katholiſchen als evangeliſchen Kirche Dispenſationen vorkommen, können hier nicht erörtert werden, ſondern müſſen ihre Stelle bei der Ausführung der einzelnen Materien finden, vorzugsweiſe alſo in den Artikeln Ehe, Eid, Gelübde, Kirchenpfründen, Ordination.

H. F. Jacobſon.

Dolus. Die Etymologie des Wortes überlaſſen wir den Philologen, welche darüber einig werden mögen, ob die Verwandtſchaft des Wortes mit dolor, doleo, dolon etc. keine blos zufällige ſei, oder ob es ſich vom griechiſchen δόλος, δέλω herleite, ob daher der Stamm deſſelben auf ein Verletzen, oder mehr auf ein Ueberliſten hinweiſet [1]). Wie es ſich auch gebildet haben mag, der über Worte zuletzt entſcheidende Gebrauch hat ihm eine ſolche doppelſinnige Bedeutung einverleibt, welche jede dieſer Ableitungen rechtfertigt und, als Haupt- und Nebenbegriff abwechſelnd, dieſem Ausdrucke drei Hauptbeziehungen gibt, je nachdem durch denſelben blos die Zurechnung einer Rechtswidrigkeit, oder eine Begehungsart derſelben, oder eine objective Eigenthümlichkeit von Rechtswidrigkeiten unterſchieden werden ſoll. In der erſten, im Teutſchen nicht anders, als durch ſchlimmen oder rechtswidrigen Vorſatz zu überſetzenden und auch im Lateiniſchen mit propositum, consilium, consulto oder data opera factum ſynonymen Bedeutung, welche die weiteſte iſt, wird es der culpa entgegengeſetzt und coordinirt, und umfaßt zugleich den Zwang [2]), ja in der exceptio doli generalis jede widerrechtliche Intention, da dieſe Einrede ſich bekanntlich nicht darauf beſchränkt, wo der Anſpruch des Klägers aus Zwang oder Betrug hervorgegangen iſt, ſondern auch da anwendbar bleibt, wo Umſtände, Ereigniſſe, Thatſachen vorliegen, welche die Klage, mag ſie auch dem Buchſtaben nach Grund haben, als innerlich widerrechtlich und unbillig erſcheinen laſſen, vorausgeſetzt, daß der Kläger mit dieſen Umſtänden und Verhältniſſen bekannt ſein konnte und mußte, alſo ſeinen böſen Willen, ſeinen dolus dadurch offenbart, daß er ſich nicht daran kehrt [3]). In dieſer umfaſſendſten Bedeutung wird

---

104) Vergl. J. H. Böhmer, diss. praelim. T. IV. iuris eccl. Prot. §. 52; G. L. Böhmer, principia iuris can. §. 224.

1) Vergl. Döderlein, lat. Synonymen und Etymologien, und Carmignani, teoria delle leggi della sicurezza sociale. Vol. II. p. 61 (Pisa 1831). Das griechiſche Wort δέλω heißt nämlich Locken, Fangen, Verführen.

2) L. 14. §. 13. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 2. §. 8. D. vi bonorum raptorum. (47. 8.) L. 4. §. 33. D. de doli et metus exceptione.

3) Vergl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen

alſo die gewußte und gewollte Verletzung irgend eines durch die Rechtsordnung geſchützten Gutes oder Intereſſes als Hauptmerkmal hervorgehoben, und auf ſie ſtützt ſich die Polemik des Labeo, welcher nach der L. 1. §. 1. D. de dolo malo die das aliud simulatur, aliud agitur herauskehrende Definition des Gallus Aquilius und ſeines Schülers Servius als zu enge anfocht, aber freilich in ſeiner Umſchreibung doch nahebei wieder darauf zurückkam, weil immer zugleich eine ſubjective Seite des für Andere empfindlichen Unrechtes durch das Wort unvermeidlich war, und dieſes Unrecht ſelbſt dann, wenn es mit offener Gewalt endigt, doch gewöhnlich und mit der ſeltenen Ausnahme des gerechten Affects, auf eine verſteckte Weiſe vorbereitet werden muß, um zum Ziele zu gelangen. Der Nebenbegriff irgend eines Umtriebes, einer lichtſcheuen Tücke, oder eines hinter das Licht führen Anderer, um ſie abzufangen oder ihnen beizukommen, wird alſo in der Erſcheinung gewöhnlich damit vergeſellſchaftet ſein und dient gerade zum Beweis des dolus, welcher bei demjenigen, der den offenen und geraden Weg einſchlägt, dadurch ungewiß wird, weil wir entweder an ſeiner Zurechnungsfähigkeit, oder daran zweifeln müſſen, ob er nicht in ſeinem Rechte zu handeln geglaubt hat.

Dieſen Nebenbegriff erhebt die zweite, engere und eigenthümlichere Bedeutung des, wie in der erſten Bedeutung mit culpa, ſo hier mit fraus ſinnverwandten, Wortes dolus zum Hauptmerkmal und ſetzt dieſen als Liſt, oder, weil dieſe zum Schutze des Seinigen, beim Feldherrn, Diplomaten u. ſ. w., nichts Unerlaubtes, oder gar eine preiswürdige Tugend iſt, als Argliſt der Gewaltthätigkeit und Eigenmächtigkeit, der vis metusque, dem phyſiſchen oder pſychologiſchen Zwange entgegen. Sie bezieht ſich alſo auf die Mittel oder auf die Begehungsart von Verbrechen, oder von Rechtswidrigkeiten überhaupt, wobei es auf die objective Verſchiedenheit der letzteren nicht ankommt. Auch körperliche Beſchädigungen von Perſonen und Sachen, ſogar Eigenthumsbeeinträchtigungen durch Entwendung können ebenſo gut durch unmittelbare Anwendung unſerer Körperkräfte, als auf eine minder in die Sinne fallende, gleichſam hinter der Couliſſe wirkende mittelbare liſtige Weiſe begangen werden, die den Erfolg ohne weiteres Zuthun von unſerer Seite herbeiführt, wie es Nauplius machte, welcher an der Küſte Leuchtfeuer anzündete, damit die in der Nacht mit dem Sturme kämpfenden Schiffe der Griechen auf das falſche Signal losſteuern und ſtatt zum Hafen, auf Klippen gerathen ſollten, oder durch das Legen von Fußangeln, Fallen oder Selbſtſchüſſen, oder durch das Ködern fremder Thiere, Tauben oder Bienen. Dieſe Begehungsart der Verbrechen bildet nicht nur in der Lehre vom Verſuche einen ſehr erheblichen Unterſchied, weil man bei den blos gewaltthätigen Verbrechen den Anfangspunkt der Strafbarkeit des letzteren erſt mit dem Momente annehmen darf, wo zu dem keine Anticipation der Wahrneh-

Stand, S. 292; Hänel, im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 12, Nr. 20: über das Weſen und den heutigen Gebrauch der act. et exc. doli, S. 419, 422, und die daſelbſt angeführten Geſetzſtellen. Die Hauptſtelle iſt L. 2. §. 5. D. de doli mali et metus exc.

mung zulaſſenden, örtlich und zeitlich beſchränkten Werke des Vollbringens geſchritten wird, während die heimtückiſchen, wie der Gift und Meuchelmord, ſich ſchon durch oft vom Ziele noch weit entfernte Voranſtalten, wie den Bau einer Höllenmaſchine, den vollſtändigen Plan und die Feſtigkeit des Vorſatzes zur Genüge ankündigen[4]), ſondern ſie iſt auch für den Sprachgebrauch unſerer Rechtsquellen merkwürdig, weil die Ausdrücke: cuius dolo malo factum est, häufig gerade eine ſolche operatio indistans, von Labeo treffend machinatio genannt, und unſere intellectuelle Urheberſchaft durch blindwirkende oder freie Urſachen bezeichnen ſollen, wobei man ſelbſt Hand anzulegen nicht immer nöthig hat[5]). Sie ſtehen mit dem bekannten nihil interest, occidat quis, vel damnum det, an causam vel occasionem mortis vel damni praebeat, in genauer Verbindung. Sehr fruchtbar iſt dieſe Beziehung für die, auch bei Strafgeſetzen nicht ausgeſchloſſene, extenſive Auslegung oder Rechtsanwendung, wenn es darauf ankommt, ob wirklich in fraudem legis gehandelt worden iſt. Das Geſetz zeichnet gewöhnlich das Verbrechen durch die den effectum integrum hervorbringende Handlung des phyſiſchen Urhebers und muß dieſe hervorheben, damit nicht mit dieſem urſprünglichen Schema, als allein zu einer zu allgemeiner Mittheilung fähigen Verſinnlichung tüchtig, jeder feſte Thatbeſtand verloren gehe. Folgeweiſe iſt damit jede mittelbare Urheberſchaft verboten und verpönt, welche die ſpecifiſch gleiche Wirkung hervorbringt. Das Muſter einer ſolchen Synthetik finden wir in den Inſtitutionen- und Pandektentitel ad L. Aquiliam. Kurz bei einander finden wir aber jene verſchiedenen Beziehungen des dolus in der L. 1. pr. 1. u. 2. D. de eo, per quem factum, in den Worten: Fecisse dolo malo non tantum is putatur, qui suis manibus, vel per suos retinuerit: verum qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent vel abducerent, ne iudicio sistat: sive scientes, sive ignorantes (ein Beweis, daß die Strafbarkeit des intellectuellen Urhebers nicht nothwendig von der Strafwürdigkeit des phyſiſchen abhängt, wie unſere neuen Geſetzbücher durch den gewählten Ausdruck: Anſtiftung, leicht mißverſtanden werden könnten) quid esset, quod comminisceretur. Dolum quoque malum sic accipimus, si quid venienti ad iudicium aliquid pronuntiaverit triste, propter quod is necesse habuit, ad iudicium non venire.

Die dritte, allerengſte und eigenthümlichſte, der fallacia ſynonyme Bedeutung bezieht ſich, als insbeſondere für das Obligationenrecht praktiſch, auf den Conſens, oder auf eine den Erfolg des böſen Willens bedingende Willensbeſtimmung des Damnificaten, und entſpricht dem, was wir im Teutſchen Betrug im weiteſten Sinne nennen, worunter man alſo nicht blos den criminellen, ſondern auch den civilrechtlich wirkſamen verſtehen muß. Sie ſetzt, während die früheren Bedeutungen gegen das Object ſich indifferent verhalten, ein eigenthümliches Object voraus. Sie beſteht

---

4) Die Folge dieſes Unterſchiedes wird zu erörtern verſucht im Archiv des Criminalrechtes, Jahrgang 1839, Stück II, S. 276, u. Stück III, S. 434 flg.

5) Z. B. L. 1. de lege Pomp. de parricidiis, vergl. mit L. 15. D. ad leg. Corn. de sicariis.

ſtrenge genommen in einer Vermögensbeeinträchtigung, wohl zu unterſcheiden von einem auch durch andere Mittel hervorzubringenden unmittelbaren liſtigen oder täppiſchen Vergreifen an dem Eigenthume körperlicher Sachen, welche entweder Beſchädigung, Diebſtahl oder Beſitzſtörung ſein wird, und dadurch bewirkt, daß der Damnificat durch Täuſchung zu einer eigenen freien Verfügung über das Seine verleitet wird. Wo es ſich von keiner allezeit ſchätzbaren Vermögensbeeinträchtigung handelt, oder die nicht durch den Beſchädigten ſelbſt wirkende Täuſchung nur das Mittel zu einem anderen Verbrechen iſt, da kann von einem Betruge nur uneigentlich und abuſiv geſprochen werden. Lügen, Erdichtungen, namentlich Schmähſchriften, welche die Ehre und den guten Namen unſeres Nebenmenſchen angreifen, nennt bei der entſchiedenſten Abſicht, daß ſie Glauben finden ſollen, Niemand Betrug; ſie ſind Verläumdungen, deren Stellung unter das letztere Verbrechen ein Mißgriff des berühmten Feuerbach war, der daraus ein Einſchreiten von Amtswegen rechtfertigen wollte. Der vorhin erwähnte Nauplius wird den Namen eines Mörders verdienen [6]), aber ein Betrüger könnte er juriſtiſch ſo wenig genannt werden, als derjenige, der durch irgend ein Blendwerk (panno rubro) mein auf den Alpen weidendes Vieh ſcheucht, damit es in den Abgrund ſtürzt oder Dieben zur Beute werde, oder unter einer aufgeregten Volksmenge, z. B. bei einer Feuersbrunſt, Jemanden boshafter Weiſe als Urheber des Verbrechens bezeichnet und der allgemeinen Rache Preis gibt. Eben ſo wenig iſt dieſe Bezeichnung auf den Dieb anwendbar, der unter dem falſchen Vorgeben, mit einem Tuchhändler große Geſchäfte zu machen, ſein Lager durchmuſtert, ſich für ſeine angeblichen Committenten Tuchproben abſchneiden läßt, um Zeit und Gelegenheit zu haben, die zum Einbrechen geſchickteſte Localität und die ihm tauglichſten Waaren zu erſpähen, obgleich hier ſchon indicia oder insidiae vorliegen, womit unſere Rechtsquellen den dolus im weiteſten Sinne bewieſen haben wollen. Es gibt allerdings Betrugshandlungen, welche durch unmittelbare Einwirkung auf eine Sache begonnen werden, ohne daß man vorher den Damnificaten durch falſche Vorſpiegelungen zu einer ihm nachtheiligen Verfügung über ſein gegenwärtiges oder künftiges Vermögen verleitet, wie es der Fall iſt, wenn er dadurch zum Creditgeben, zu einer ihm nachtheiligen Antretung oder Ausſchlagung einer Erbſchaft, Ausbezahlung von Legatarien, ohne die Falcidiſche Quart zu bedenken, beſtimmt wird. Als nach heutigem Rechte unzweideutige Beiſpiele dienen die Entwendungen eigener Sachen, welche das einer ſolchen Erweiterung minder günſtige römiſche, wegen des darauf einem Anderen zuſtehenden Pfand- oder Retentionsrechtes als Furtum behandelt, wie wenn ich bei Jemandem eine verſiegelte Geldrolle deponire, und den Ort des Aufbewahrens und den nachläſſigen Verſchluß des Depoſitars bemerkend, die Gelegenheit benutze, ihm dieſelbe wegzunehmen. Allein es leuchtet ein, daß dieſes entweder eine bloße Re-

6) Nach unſerem gemeinen Rechte iſt dieſe Subſumtion unbeſtreitbar, da dieſes die naufragos suppressos ſchon durch die Verhinderung oder Abſchneidung der möglichen Hilfe oder Rettung unter die lex Cornelia de sicariis ſtellt.

ckerei iſt, oder daß ich, um einen wahren Betrug zu begehen, den Vorſatz haben muß, ihn wegen des Abhandenkommens ex deposito in Anſpruch zu nehmen, wo dann zur Ausführung mehr gehört, mag es auch ſein, daß ich darauf rechne, ihm für Gegenanſprüche, die er mit der actio contraria verfolgen konnte, den Muth zu benehmen. Das Gleiche gilt von der Entwendung des Fauſtpfandes durch den Schuldner, welche ihren Zweck nur durch eine Benutzung der Unwiſſenheit des Gläubigers über die Art des Abhandenkommens erreichen wird, und da ſie von der Schuld nicht befreit, nur dem daſſelbe ſogleich verpraſſenden Gantmann zu Nutzen kommt. Eben ſo, wenn der Verkäufer das noch in ſeiner Detention befindliche Pferd, das entweder ſchon bezahlt iſt, oder gegen Bezahlung jede Stunde abgeholt werden darf, auf den nächſten beſten Jahrmarkt reitet und zum zweiten Mal verkauft. Auch dieſer wird, um dem Anſpruche auf das Intereſſe zu entgehen, und um doppelten Gewinn davon zu tragen, noch irgend einer fallacia bedürfen, und etwa durch Zerſtörung ſeines Stallladens einen Einbruch ſimuliren müſſen. Dieſe und andere Beiſpiele zeigen alſo nur, daß man die Wirkung des Verbrechens auf die Eingehung von Verbindlichkeiten, in die der Beſchädigte ohne Täuſchung nicht gewilligt haben würde, nicht beſchränken darf, daß es eben ſowohl auf Vereitelung wohlerworbener Forderungsrechte gerichtet ſein kann, welche ſich indeſſen auf einen unwillkürlichen Verzicht zurückführen laſſen, welcher aber nichts Anderes als eine Verfügung über gegenwärtiges oder zukünftiges Vermögen iſt, und von Rechtswegen nur mit ſeinem Willen geſchehen ſollte, wobei es aber immer merkwürdig bleibt, daß unſer gemeines Recht gerade wegen der Unwillkürlichkeit des Verzichtes hier mehr als einen einfachen Betrug, welcher überhaupt, um eine öffentliche Strafe zu verwirken, ſchon als Stellionat einen erſchwerten Charakter angenommen haben muß, und beziehungsweiſe ein wahres furtum oder ein falsum annimmt. Sie beweiſen aber nicht, daß hier die engſte und zugleich objective Bedeutung des Wortes dolus anwendbar ſei [7]), welche mehr, als die blos ſubjective Seite und Begehungsart der verſchiedenartigſten Rechtswidrigkeiten, nämlich eine eigenthümliche Art von Verletzung Anderer bezeichnet, ohne ein Ueberliſten unter der äußeren Form des Rechtes gar nicht möglich iſt, und mit dem Gewahrwerden der Täuſchung oder Hinterhaltung ihren nächſten Zweck verfehlt, daß ihr der ſcheinbar freie Wille des hinter das Licht geführten Damnificaten ſelbſt beförderlich ſein ſoll. Hiermit hängt es zuſammen, daß der Betrug nicht, wie es bei offenen Friedensbrüchen der Fall iſt, eine abſolute, auch dem unſchuldigen Dritten, wie durch die unverjährbare res furtiva, ſchadende, aber auch von Dritten anzurufende, ſondern nur eine reſpective Nichtigkeit des Geſchäftes oder des Geſchehenen hervorbringt, welche den augenblicklichen Uebergang des Eigenthums nicht hindert, und zugleich zu Entſchädigungsanſprüchen aus dem Geſchäfte ſelbſt berechtigt; daß ferner das dem Begriffe dieſes Verbrechens allein vollkommen angemeſſene und

---

7) Dieſe Beziehung hat kein Schriftſteller ſo richtig und ſo tief eingeſehen, als Roßhirt. Vgl. neues Criminalarchiv, Bd. 8, S. 373.

natürliche Object das Vermögen iſt, worauf ſich auch in unſerem gemeinen Rechte die actio doli, ſo wie der der erſteren parallel laufende Stellionat ausſchließend bezieht [8]. Ich weiß zwar wohl, daß die neuere Jurisprudenz und Geſetzgebung dieſer Bezeichnung eine vagere Ausdehnung gegeben hat, welche auch nicht ceſſibele Rechte und Intereſſen, dem ius publicum angehörig, nicht ausſchließt, und bin weit entfernt von der Behauptung, daß ſolche Verletzungen nicht auch Verbrechen ſeien und ſein können. Sie ſind zum Theil viel ſchwerer als gewöhnliche Betrügereien. Nur das finde ich bedenklich, ſie unter jenen Gemeinbegriff zu ſtellen, was in mancher Beziehung zu hart und in mancher zu gelind ausfallen wird, glaube vielmehr, daß die Geſetzgebung auf unſerem heutigen Standpunkte ſie je nach der Verſchiedenheit des Objectes als beſondere Verbrechen claſſificiren muß, und auch in der Regel claſſificirt haben wird. Die Nothwendigkeit einer eigenthümlichen Auffaſſung derſelben zeigt ſich ſchon bei der, beſonders wegen des Einfluſſes auf die Güterrechte der Ehegatten, noch am ungezwungenſten hierher zu beziehenden betrüglichen Verleitung zur Ehe, da ſchon hier der Umſtand entgegentritt, daß die Ehe kein bürgerlicher Contract, dergleichen die Willkür eingeht und auflöſt, ſondern ein Stand iſt, in der bürgerlichen Geſellſchaft unter dem höheren Schutze der Religionsbegriffe eingeführt. Es gibt eine Menge zu einer Ehe verleitende Vorſpiegelungen oder Verſchweigungen, welche darum die Ehe nicht vernichten, weil ihnen ſonſt im Handel und Wandel Folge gegeben werden müßte, und inconſequent wäre es ſchon, hier einen Betrug ſtrafen zu wollen, während der Staat die Ehe aufrecht erhalten muß. Auch dürfte der Windbeutel, der eine reiche Erbin gewann, indem er ſich ſelbſt für wohlhabend ausgab, ſchwer zu überführen ſein, daß er es auf ihr Vermögen angelegt hat, und ob es ihm nicht redlich darum zu thun war, ſie durch ſeine Perſon zur glücklichſten Frau von der Welt zu machen, ihr Vermögen aber zu erhalten und zu vermehren, weshalb von jeher darüber geſtritten wurde, ob ein ſolcher Irrthum zur Scheidung berechtigt und das franzöſiſche Recht dieſe Frage verneinend entſcheidet. Zu enge zeigt ſich die Subſumtion bei dem nur in ſubjectiver und formeller Beziehung dem Betruge verwandten Verbrechen der Unterdrückung des bürgerlichen Standes, welches in materieller und objectiver Hinſicht, namentlich bei dem partus suppositus, ſich weit

8) Der ſchlagendſte Beweis liegt in dem Satze, daß die actio doli einen beträchtlichen Schaden von wenigſtens zwei aureis fordert, was auf ein ſchätzbares Object, oder auf ein Gut im ſtaatswirthſchaftlichen Sinne zurückweiſt, das ein pretium commune hat, obgleich ich zugebe, daß dieſe Beſchränkung auf den Stellionat verkehrt angewendet wird, weil dieſer auf einer ausgezeichneten Argliſt beruht. Er beruht ferner auf allen in unſerem Corpus iuris angeführten Beiſpielen der actio doli ſowohl, als des Stellionats, unter welchen man keine Verletzung von unſchätzbaren Intereſſen auftreiben wird. Den einzigen Zweifel, welchen das si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius erregen könnte, widerlegt die von Briſſonius, Ducker und Heineccius unwiderſprechlich nachgewieſene Bedeutung dieſer bei Ulpian oft vorkommenden Redensart. Vergl. die halliſche Ausgabe des Briſſonius von Heineccius und Böhmer.

mehr den den gemeinen Frieden brechenden gewaltthätigen Handlungen nähert, eben weil das im Gegenſatze des Betruges als abſolute Nichtigkeit erſcheinende Unrecht durch keine Einwilligung heilbar iſt und kein Menſch über ſeinen bürgerlichen Stand weder zu ſeinem Vortheil, noch zu ſeinem Nachtheil verfügen darf, ſo wenig er ſich causam possessionis zu verändern im Stande iſt. Die Strafe, wie beim Betrug, nach dem Schatzwerthe des verletzten Intereſſes zu bemeſſen, wäre viel zu relativ, da mich freilich der Umſtand, ob ich Conz für Benz genannt werde, um eine reiche Erbſchaft, Stipendien und Unterſtützungen bringen kann, aber auch in dieſer Beziehung vielleicht ſehr gleichgiltig iſt, wenn ich mich in dem einen wie in dem anderen Falle mit meiner Hände Arbeit durchbringen muß. Da aber der gemeinſte Menſch ſich an ſich gegen den Gedanken empört, daß er um ſeinen rechten Vater und um ſeine Familie gebracht werden ſoll, ſo ſind hier durchgreifende Beſtimmungen nothwendig, wobei die mittelbaren Intereſſen als ſecundär erſcheinen, beſonders da mehr oder weniger auch die Rechte dritter Perſonen befangen ſind, denen ſeine Zufriedenheit nichts ſchadet, ſo wie ſein verbeſſerter Zuſtand mit dem Aufkommen ſich rückwärts um ſo ſchmälicher vernichtet, je höher er dadurch gehoben wurde. Faßt man den Betrug ſo weit, ſo muß man auch die Amtserſchleichung hineinziehen, weil auf dieſe Weiſe ſich Jemand als öffentlicher Diener gerirt, der es auf dieſem Wege in der That nicht geworden iſt, noch werden konnte, und da macht ſich die ſpecifiſche Differenz ſogleich fühlbar dadurch, daß derjenige, welcher das Amt durch Ernennung oder Wahl vergibt, nur in ſo weit berechtigt iſt, als er nach Ueberzeugung und Gewiſſen dazu verpflichtet iſt, und alſo am meiſten fehlt, wenn er ſich beſtechen läßt, während derjenige, der dieſen Aufwand macht, ſich für den vollkommen tüchtigen Mann halten kann, und vielleicht nur durch ſeinen Ehrgeiz angetrieben wird, welcher ſehr gegen jene Niederträchtigkeit abſticht, welche wir ſchon mit dem Worte Betrug zu verbinden gewohnt ſind. Man denke nur an die Art, wie die größten Staatsmänner Englands in das Parlament gelangt ſind. Das Gleiche gilt von der Erſchleichung des nicht minder unſchätzbaren Ortsbürgerrechtes, deſſen Ertheilung von jeher für mehr als eine res merae facultatis angeſehen wurde, ſo daß im alten Teutſchland ſogar die Reichsgerichte Einſicht haben durften, wenn die reichsſtädtiſchen Magiſtrate in deſſen Verweigerung gegen gehörig legitimirte Perſonen zu zähe waren. Ein verarmter Ortsbürger kann freilich mit ſeiner Familie einer Gemeinde ſehr zur Laſt fallen und vieles Geld koſten. Aber wenn ein Profeſſioniſt, der ſein Handwerk verſteht, wie es häufig geſchieht, über das nach den Statuten erforderliche Vermögen falſche Angaben gemacht hat, ſo möchte ich doch Bedenken tragen, ihn für überführt anzunehmen, daß dieſe entfernte Folge ſchon in ſeiner Intention gelegen, da die Erfahrung lehrt, daß ein tüchtiger Gewerbsmann durch Fleiß und Sparſamkeit mit den Seinigen ſich viel beſſer durchbringt, als Mancher mit dem erforderlichen Vermögen ohne jene Eigenſchaften. Es iſt unnöthig, dieſe Betrachtungen noch weiter auszuſpinnen und auf diejenigen anzuwenden, welche mit falſchen oder fremden Päſſen reiſen, obrigkeitliche Verfügungen durch falſches Vorbringen extrahiren ꝛc. Es leuchtet ein, daß die Geſetz-

gebung alle diejenigen Täuſchungen, wodurch das öffentliche Recht oder unſchätzbare Intereſſen verletzt werden, unter eigenen Geſichtspunkten und nach ihren verſchiedenen Richtungen als beſondere Verbrechen auffaſſen muß, durch deren ausgeprägten Thatbeſtand ſich die Anwendung des dolus auf die erſte und allgemeinſte Bedeutung reducirt. In dieſer Specification thun es die heutigen Strafgeſetzbücher dem römiſchen Rechte zuvor, deſſen Armuth dazu nöthigte, dergleichen durch die mangelnde Verfügungsgewalt und durch hervorgebrachte unheilbare Nichtigkeiten vom Stellionate ausgeſchloſſene Verletzungen unter die falsa zu ſtellen, wie namentlich den partus suppositus, die falſchen Zeugniſſe, die active Beſtechung, die Erſchleichung obrigkeitlicher Verfügungen, ſogar den Advocaten, der falſche Conſtitutionen allegirt, den gegen beſtimmte poſitive Vorſchriften verfahrenden Richter ꝛc. — Dieſe Subſumtion iſt keineswegs ſo unnatürlich, als ſie uns ſcheinen könnte, weil auch das Ausſtellen und der Gebrauch falſcher Urkunden, ſo wie die Aenderung und Entziehung ächter, als für ſich beſtehendes Verbrechen gegen das vollkommene Recht auf unſere von Schriftbeweiſen abhängige oder darauf beruhende Sicherheit zunächſt einen Schaden anrichtet, der ſich wohl beweiſen, aber nicht ſchätzen läßt. Denn die falſche Urkunde wird häufig noch vielfältig angefochten oder durch Gegenbeweiſe entkräftet, und eben ſo die verlorene Urkunde, womit das Recht nicht erlöſcht, durch andere Beweiſe erſetzt werden. Aber die Ungewißheit des Erfolges hindert nicht die Gewißheit einer ſchon gegenwärtigen Verletzung des unſchätzbaren Intereſſes, ja unveräußerlichen Rechtes eines Jeden, nicht mit Waffen angegriffen zu werden, die er nur ſelbſt gegen ſich ausliefern konnte. Auch läßt ſich in der reicheren Mannigfaltigkeit unſerer modernen Geſetzbücher in der Specificirung der Verbrechen die Schattenſeite nicht verkennen, daß uns doch auch ungewöhnliche Fälle begegnen, in welchen nicht bedachte ſtrafwürdige Handlungen der verdienten Strafe entgehen dürften, wie namentlich der, wenn Jemand ein ihren Liebhaber erwartendes Mädchen im Dunkeln überraſcht und beſchläft, vorausgeſetzt, daß unter den Fleiſchesverbrechen der inſidioſe Beiſchlaf nicht beſonders hervorgehoben iſt, welcher übrigens auch im römiſchen Rechte unter den delictis extraordinariis figurirt.

Dieſe in unſeren Lehrbüchern nicht immer ſorgfältig genug geſonderten Bedeutungen bedurften einer ausführlicheren Entwickelung, weil man ohne Reflexion auf ihre Beziehungen ſich in unſeren Rechtsquellen nicht gehörig zurechtfinden wird, zugleich aber auch um über den dadurch vorbereiteten Vorwurf des gegenwärtigen Artikels nähere Rechenſchaft zu geben. Der dolus in ſeiner engſten Bedeutung hat nämlich in dieſem encyclopädiſchen Werke unter dem Worte Betrug eine mit verdientem Beifall aufgenommene erſchöpfende Bearbeitung gefunden. Es wird alſo hier die hauptſächlich für das Strafrecht intereſſante weitere Bedeutung, welche in dem Artikel Culpa ſchon vielfältig berührt worden iſt, vorzüglich zu behandeln ſein[9]).

---

9) Die Literatur iſt auch über dieſen Stoff ſehr reich. Wir begnügen uns mit der neueren. Grolman, in der Bibliothek des p. Rechtes, Th. 1, St. 1,

Ueber den charakteriſtiſchen Unterſchied des vorſätzlichen von dem blos verſchuldeten Verbrechen haben ſich die Juriſten vielfältig verſucht, und ſind, obgleich in der Sache einverſtanden, über die Definition bis jetzt nicht recht einig geworden. Die älteren begnügten ſich, den dolus als propositum nocendi zu bezeichnen. Dagegen wendet man ein, daß dieſe Abſicht bei vielen Verbrechen gar nicht denkbar ſei, z. B. bei manchen Staatsverbrechen, bei vielen Arten der Unzucht, wo der Thäter nur an die Befriedigung ſeiner thieriſchen Luſt, nicht aber an irgend eine Schadenszufügung denke. Selbſt bei Eigenthumsbeeinträchtigungen durch Diebſtahl ꝛc. ſei die Schadenszufügung nicht die Hauptabſicht, ſondern dieſe ſuche den eigenen Vortheil. Selbſt in jenen Verbrechen, wo die Abſicht zu ſchaden in der Regel eintritt, werde die That als vorſätzlich zugerechnet, wenn auch dieſe Abſicht nicht vorhanden ſei, wie eine Brandſtiftung deſſen, der ohne den ihm vielleicht unbekannten Eigenthümer zu haſſen, ſich an dem ausgebrochenen Feuer nur beluſtigen wollte. Ja es gebe Verbrechen, wobei der Thäter dem Verletzten eine Wohlthat erzeigen wollte, und die darum nicht minder als vorſätzlich imputirt würden, wie wenn Jemand einem kranken Verwandten auf dem Sterbebette, um ihm die Schmerzen eines langſamen Todes zu erſparen, das Kiſſen wegzieht, oder eine Mutter ihr Kind umbrachte, damit es nicht verführt werde, oder geradezu in den Himmel komme. So ſcheinbar dieſe Einwürfe ſind, ſo läßt ſich doch darauf antworten, daß moraliſche Begriffe überhaupt keine ſo ſcharfen Grenzen haben, um darüber ſtrenge, ohne Reflexion brauchbare Definitionen aufzuſtellen, und daß man billig erſt hätte fragen ſollen, was man im Sinne jener Definition eigentlich unter Schaden zu verſtehen habe, ob darunter gerade ein blos materieller und pecuniärer gemeint ſei. Ihre Erfinder und Vertheidiger haben das neminem laede in dem umfaſſenden Sinne des zweiten der drei praecepta iuris, folglich jede Verletzung irgend eines Gutes oder Intereſſes, deſſen ſich die von einem ſittlichen und religiöſen Elemente nicht zu entblößende Rechtsordnung anzunehmen berufen ſei, im Auge gehabt. Damit ſcheine gerade das radicale Böſe in jener Willensſtimmung getroffen, welcher das Strafgeſetz begeg=

Nr. 1; St. 3, Nr. 3. — Klein, vom Unterſchiede zwiſchen dolus und culpa; im alten Archiv, Bd. 1, Nr. 10, Bd. 2, S. 216 flg. — Feuerbach, Reviſion, Th. 1, Cap. 11. — Deſſen Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt, und den dolus indirectus insbeſondere, Bibliothek des p. R., Bd. 2, St. 1, Nr. 5. — Gönner, Reviſion der Eintheilungen und des Begriffes des dolus. Landsh. 1810. — A. Rosendael, de dolo in delictis. Lugdun. 1817. — Mittermaier, im neuen Archiv des C.=R., Bd. 2, S. 516 flg. — v. Weber, über die verſchiedenen Arten des dolus, Bd. 7, S. 549 flg. — Kleinſchrod, in demſelben Archive, Bd. 6, Nr. 2. — Oerſted, Grundregeln der Geſetzgebung, S. 228 flg. — Roßhirt, einige Bemerkungen zur Lehre vom dolus; Cr.=Archiv, Bd. 8, S. 369 flg. — C. L. Michelet, de doli et culpae in iure crim. notionibus. Berol. 1824. — R. Winsinger, quaenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa. Brux. 1824. — Kitka, Crim.=Archiv, zweite Folge, Jahrgang 1835, S. 219 flg.; worüber zu vergleichen Birnbaum, ebendaſelbſt, Jahrgang 1837, S. 276 flg., und Fortſetzung S. 374 flg.

nen mußte, da dieſes in der Regel nur ſolche Handlungen als Verbrechen bezeichnen werde, deren Strafwürdigkeit und Rechtswidrigkeit ſchon dem natürlichen Rechtsgefühle und dem ungebildeten Verſtande einleuchte, wie denn überhaupt das Geſetz um des Menſchen willen und nicht der Menſch um des Geſetzes willen gemacht ſei. Auch im Gebiete der Strafjuſtiz gebe es freilich iura singularia, durch minder evidente politiſche oder polizeiliche Rückſichten dictirt, aber bei dieſen werde auch auf der einen Seite eine Art von blinder Gerechtigkeit durchgreifen müſſen, ohne Dolus und Culpa zu unterſcheiden, und auf der anderen Seite ſeien ſolche politiſche und polizeiliche Verordnungen diejenigen, wobei man die Entſchuldigung mit der Rechtsunwiſſenheit unter Umſtänden zuzulaſſen geneigt ſein werde, wenn der dem Geſetz Verfallene weder Anlaß, noch Gelegenheit gehabt habe, ſich darnach zu erkundigen. Dieſe nähere Verſtändigung vorausgeſetzt, fallen die übrigen Einwürfe, größtentheils als zu weit hergeholt und unwahr, von ſelbſt. Denn ſie gehen darauf hinaus, die Abſicht mit dem Beweggrunde zu verwechſeln, und jene lediglich nach dem egoiſtiſchen Elemente zu beſtimmen, welches ſich freilich von der freieſten Handlung nie ſcheiden läßt, ſoll dieſe als die Handlung eines wirklichen Menſchen begriffen werden, aber eben ſo wenig von ihrer moraliſchen Beziehung zu trennen iſt, ſo gewiß dieſes wirkliche Weſen mehr als ein Thier, und zugleich ein freies und vernünftiges Weſen iſt. So gewiß er in dieſer Eigenſchaft nur nach Maximen zu handeln vermag, ſo gewiß liegt in jeder ernſthaften Intention eine dieſe doppelte Natur abſpiegelnde Miſchung. Ihre Verkehrtheit liegt freilich nicht darin, daß er ſeinen egoiſtiſchen Trieb befriedigt, der an ſich unſchuldig, auf dem Iſolirungsſchemel auch ſeine Handlung als unſchuldig darſtellen würde. Sie beſteht darin, daß dieſes mit Unterdrückung des ihm nicht minder eingefleiſchten ethiſchen Triebes geſchieht, der ihn zum Recht und zur Wahrheit beruft, welcher jeder Beförderung des eigenen Vortheiles mit dem Schaden Anderer, die gleiches Recht haben, widerſtrebt, und deſſen Ueberwindung eine um ſo größere Stärke des böſen Willens zeigt und erfordert, je frivoler die Luſt iſt und je weniger der Vortheil mit dem Schaden in einem Verhältniſſe ſteht, wie es bei Nero der Fall geweſen, der Rom angezündet haben ſoll, blos um das Schauſpiel des brennenden Troja zu genießen. Es wird alſo denen, die ſich mit der obigen Definition behelfen zu dürfen geglaubt haben, keine geringe Sottiſe aufgebürdet, als hätten ſie unter Abſicht, zu ſchaden, nur die ſeltene Teufelei verſtanden, welche den Schaden Anderer aus unmittelbarem Wohlgefallen beſtrebt, da doch ſchon die Worte des Seneca gewiß auf den gewöhnlichen Schlag zutreffen: nec quisquam tantum a naturali lege descivit et **hominem** exuit, ut animi causa malus sit. — Omnes enim cum minima peccata cum causa suscipiunt, tum vero illa, quae multo maxima sunt maleficia, aliquo **certo emolumento** ducti suscipere conantur. Eine ſolche Polemik dürfen ſie als gewiſſermaßen dolos abweiſen, da man ſich anſtellt, als ob das Böſe minder frei ſei, als das Gute, oder dem Menſchen eine geringere Anſtrengung koſte, da doch gerade die zum Ziele nöthige Spannung dasjenige ausmacht, was man Abſicht oder Intention nennt. Beachtungswer-

ther iſt der Mittermaier'ſche Einwurf, daß eine wohlwollende Abſicht das Verbrechen nicht unvorſätzlich oder unfreiwillig mache. Allein dieſe Theſis kann man unbedingt nur in ſo weit zugeben, als ſie, wie bei dem Schuſter Crispin, blos für Dritte wohlwollend iſt, deren Vortheil man den Nachtheil des Beſchädigten ſo wenig unterordnen darf, als den eigenen. Iſt ſie für den Beſchädigten ſelbſt wohlwollend, ſo iſt ſie allerdings als die Verkehrtheit einer tölpiſchen Freundſchaft, oder als aufgedrungene Wohlthat der ſeltſamſten Art in der Regel verwerflich, da man ſich ein Entſcheidungsrecht herausnimmt, was in keinem Falle uns gebührt, und wird nicht leicht Glauben verdienen, wie man z. B. bei dem, welcher dem kranken Verwandten das Kiſſen wegzieht, um ihm die Todesqualen abzukürzen, geneigter ſein wird, anzunehmen, daß es darum geſchah, weil ihn die ſchuldige Pflege verleidete. Allein wenn ungewöhnliche Umſtände den Mißklang einer ſolchen freundlichen Uebereilung entfernen, wie wenn ein Soldat ſeinem ſchwer verwundeten Cameraden auf dem Schlachtfelde auf ſein Verlangen den Reſt gibt, damit er nicht noch von Koſaken mißhandelt, von Pferden zertreten werde, ſo wird man doch an der Erheblichkeit dieſer Entſchuldigung nicht zweifeln. Mittermaier ſelbſt ſagt am Ende[10]: Alle Merkmale des dolus ſind vorhanden, nur liegt ein Irrthum zu Grunde, der nur die Strafwürdigkeit herabſetzen, aber die doloſe Natur des Verbrechens nicht aufheben kann. Er ſcheint alſo doch einen ſolchen Reflexionsfehler, wenn er nicht, wie bei der Mutter Klein's, welche in ihrer, kein geſundes Gefühl beſtechenden und die atrocitas facti ſo wenig als religiöſe Schwärmerei beſchönigenden, Sentimentalität den bibliſchen Spruch: non facienda mala, ut eveniant bona, vergaß, unverzeihlich iſt, den Werth eines außerordentlichen Milderungsgrundes beizulegen, und dann läuft die Sache bei dem unmerklichen Uebergange des dolus in die culpa lata auf einen bloßen Wortſtreit hinaus[11]. Es iſt nicht zu beſtreiten, daß zum Weſen des erſteren eine feindſelige Abſicht, nur um ſo ſchlimmer, wenn ſie ſich hinter Prätexten verſteckt, gehört, wie in jedem Verbrechen irgend ein Bruch des allgemeinen Bürgerfriedens liegt. Unſer gemeines Recht iſt hier ſo wenig entgegen, daß es ausnahmsweiſe das, was aus bloßem Mitleid oder verzeihlicher Begünſtigung Anderer geſchah, in manchen, freilich ſehr cum grano salis zu verſtehenden Fällen, nur als culpa lata würdigt[12].

Unter den neueren Definitionen verdient die des unvergeßlichen

---

10) Neues Cr.-Arch., Bd. 2, S. 527, 528.

11) Er ſelbſt bemerkt im Cr.-Archiv, Bd. 8, S. 350, ſehr richtig: Noch immer hält man dolus und culpa für zwei ſcharf von einander zu trennende Zuſtände, und fragt ängſtlich in jedem Falle, ob die That mit dolus oder culpa verübt ſei, ohne zu erwägen, daß in vielen Fällen beide in einander fließen, ſo daß unendlich viele Abſtufungen der Willensbeſtimmung denkbar ſind. — Auch v. Weber, Bd. 7, S. 573. Doch darf auch dieß nicht vom Begriffe, ſondern nur von der Anwendung verſtanden werden.

12) Vergl. Haſſe, die culpa des römiſchen Rechtes, 2. Aufl., S. 75. Roßhirt hat kein Bedenken getragen, dieſes auch ſtrafrechtlich anzuwenden.

Feuerbach[13]) genauer beſprochen zu werden, der dolus ſei „eine Beſtimmung des Willens (Begehrungsvermögens) zu einer Rechtsverletzung als Zweck, mit dem Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit des Begehrens.“ Sie iſt in das bayerſche Strafgeſetzbuch von 1813 (Art. 36) mit einer die bloße Wortfaſſung betreffenden Abänderung übergegangen. „Mit rechtswidrigem Vorſatze wird ein Verbrechen begangen, wenn eine Perſon die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entſtehenden Verbrechens ſich als Zweck und Abſicht dieſer ihrer Handlung vorgeſetzt hat, und ſich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieſes Entſchluſſes bewußt geweſen.“ Auch dieſe Erklärung hat vielfache Anfechtungen erfahren. Bei dem gar zu ſpitzfindigen Argumente, welches die Einſchaltung des Wortes Begehrungsvermögen bemäkelt, und dafür Strebungsvermögen geſetzt haben will, halten wir uns nicht auf, da unter Begehrungsvermögen ein anerkannter Sprachgebrauch nichts Anderes, als den Gegenſatz des Vorſtellungsvermögens, und zwar in specie gerade das Beſtreben verſteht, durch ſeine dem Object vorausgehende Vorſtellung Urſache des Vorgeſtellten zu werden. Irgend ein Beſtreben zu handeln iſt ja gerade das, was den ernſten Willen vom bloßen Wunſche und der Neigung unterſcheidet. Scheinbarer iſt der Einwand, daß namentlich die Feuerbach'ſche Definition ſchon dadurch zu enge werde, daß ſie eine Rechtsverletzung vorausſetze, da doch längſt anerkannt ſei, daß in dem Codex auch ſolche, die Sittlichkeit untergrabende Handlungen den Verbrechen angereiht werden müſſen, bei denen, wie z. B. bei der Beſtialität, von einer Rechtsverletzung keine Rede ſein könne. Allein ein Mann wie er, konnte dieſes Wort unmöglich in dem engeren Sinne nehmen: welche zunächſt oder allein ein beſchädigtes Individuum zur Rüge berechtigt. Ihm konnte es nicht entgehen, daß die ſogenannten Privatverbrechen, welche nur auf Klage verfolgt werden dürfen, zur Ausnahme von der Regel gehören, daß das wahre Verbrechen, auch wenn es ein Rechtsverbrechen iſt, nicht blos den Beſchädigten, ſondern das Publicum und das Staatsganze beleidigt, und die Reaction einer öffentlichen Genugthuung herausfordert, welche Jeder im Volke durch Anzeige zu ſollicitiren berechtigt, und wozu Jeder als aufgerufener Zeuge mitzuwirken verpflichtet iſt. Um ſo näher liegt es, daß wenn der Staat gewiſſe Handlungen rein im Intereſſe der öffentlichen Moral, Ordnung und Sicherheit bei Strafe zu verbieten das Recht hat, es auch Verbrechen gibt, ohne daß das Recht eines Privaten oder beſtimmten Individuums verletzt zu werden braucht. Ohne Zweifel hat er durch die Subſtituirung des Wortes Rechtsverletzung, an der Stelle des gewöhnlichen Merkmales Schaden, das letztere nur erweitern wollen, ohne ſich einfallen zu laſſen, daß er neue Mißverſtändniſſe erregen werde. Die weiteren Einwürfe gegen die Worte Zweck und Abſicht des Verbrechers ſind dieſelben, welche ſchon vorhin beleuchtet wurden, und ſchweifen dadurch ab, daß ſie, einer längſt anerkannten Schuldiſtinction zuwider, den nächſten mit dem entfernten Zwecke, den Zweck mit dem Endzwecke vermiſchen. „Der A ſtiehlt, jedoch nicht um zu ſtehlen, ſondern um ſeine Schulden zu bezahlen; er

---

13) Peinliches Recht §. 54.

raubt, jedoch nicht um zu rauben, ſondern um mit dem geraubten Gute ſeinem armen Vater zu helfen. Der A hat alſo bei ſeiner Thatunternehmung einen ganz anderen Zweck, eine ganz andere Abſicht, als daß damit der Diebſtahl, der Raub zur Exiſtenz (!) komme"[14]). Wenn man ſo raiſonnirt, ſo geräth man am Ende auf einen progressus in infinitum, welcher alle nach dem Grundſatze: causa solitaria non iuvat, zu Erklärung beſtimmter Handlungen allein dienlichen wirklichen Zwecke, welche immer die nächſten ſind, zuletzt in den formellen auflöſt, der als bloße Idee in alle Einheit bringt. Der Fromme will ſich Gott gefällig machen und die ewige Seligkeit verdienen, aber wäre es wohl mit der müßigen Sehnſucht nach dem Himmel gethan, und iſt es darum nichts und will es nicht geübt und gelernt ſein, daß er ſich als gefälliger und friedlicher Nachbar beträgt, ſeine Kinder gut erzieht, ſich der Armen und Nothleidenden gehörig annimmt ꝛc.? So wird auch der A durch das noch ſo lebhafte Anliegen, ſeine Schulden zu bezahlen, oder ſeinem armen Vater zu helfen, noch nicht zum Verbrecher, ſondern je nachdem ſich daſſelbe ſpecifiſch bethätigt und entweder einen redlichen Erwerbzweig oder fremdes Eigenthum ergreift, bleibt er ein ehrlicher Mann, oder wird zum Diebe oder Räuber. — Triftiger ſcheint die Erinnerung, daß das Merkmal „des Bewußtſeins der Geſetzwidrigkeit ſeines Begehrens" ein überflüſſiges ſei (was auch v. Grolman, C.R.W. §. 46, weggelaſſen hat), weil es ſchon aus dem Vorangeſagten von ſelbſt folge, und gewiſſermaßen mit der Beſtimmung des bayerſchen Strafgeſetzbuches: „daß die Meinung, was unter bürgerlicher Strafe verboten iſt, ſei nach dem Gewiſſen oder der Religion erlaubt, — den rechtswidrigen Vorſatz nicht ausſchließe," im Contraſte ſtehe. Indeſſen nehmen wir Anſtand, auch nur dieſem Tadel beizuſtimmen [15]). Die Willensbeſtimmung zu einer Rechtsverletzung als Zweck ſchließt das Bewußtſein ihrer Rechtswidrigkeit nicht nothwendig in ſich, und gleichwohl gehört dieſe zum dolus, weil das vorſetzliche Verbrechen nicht blos in der Erſcheinung ſich rechtswidrig darſtellen, ſondern auch aus einem gleich böſen Willen entſpringen ſoll. Abgeſehen von dem Extrem, daß er die Rechtsverletzung dem Schutze ſeines eigenen Rechtes ſchuldig geweſen ſein konnte, daß er ſich in einem Nothſtande, oder in Verrücktheit befand, kann er ja in einem Irrthume gehandelt haben, ohne zu wiſſen, was er verbrach. Eine andere Frage iſt dann die, welcher Irrthum ihn entſchuldigt. Der Rechtsirrthum freilich nicht, weil dieſer keinen Glauben verdient, und weil wir von jedem in der bürgerlichen

---

14) Kitka, im Crim.-Archiv, Jahrgang 1835, S. 227.

15) Wir wagen es um ſo weniger, da die angeſehenſten Criminaliſten auf ihrem Standpunkte darauf zurückkommen. Vgl. Kleinſchrod, ſyſtem. Entw., §. 14; Klein, Grundſ. des peinlichen Rechtes, §. 119; Martin, §. 34: Dolus iſt der Entſchluß, einem Zwecke nachzuſtreben, welcher an und für ſich oder um ſeiner Folgen willen ſtrafbar und dem Menſchen zur Zeit ſeines Entſchluſſes (nicht auch zur Zeit der Ausführung?) in dieſer Eigenſchaft bekannt war. Abegg, §. 83: Dolus iſt der Entſchluß zur Hervorbringung eines als geſetzwidrig erkannten Erfolges. Auch in unſeren Rechtsquellen iſt das sciens nicht ſelten dem dolo malo noch vorgeſetzt, und Haſſe hat ſogar, freilich zu einſeitig, in das wiſſentliche Schaden das Hauptmerkmal gelegt.

Gemeinſchaft mit uns Aufgewachſenen die Unterſcheidung deſſen, was in ihr als Recht oder Unrecht angeſehen wird, nothwendig vorausſetzen müſſen, um ihn als unſeres Gleichen und als Genoſſen aller Vortheile dieſer bürgerlichen Gemeinſchaft zu achten und anzuerkennen. Aber er kann auch in einem Thatirrthum gefehlt haben, wie derjenige, welcher ſeine fremden Leuten untergeſchobene Schweſter unter fremdem Namen heurathet, wie Kitka a. a. O. ſelbſt anführt. Dann iſt ſeine That objectiv ein indispenſabeler Inceſt und ſeine Ehe nichtig, er aber kein Verbrecher. Wir laſſen hierbei die ſubtilere Frage an ihren Ort geſtellt, ob nicht eine an ſich nicht verwerfliche oder doch minder ſtrafbare Maxime des Handelnden das Bewußtſein des wirklich verübten Verbrechens ſo verdunkeln konnte, daß ihm dieſes Unrecht mindeſtens nicht als dolos, ſondern nur ein geringeres Verbrechen zugerechnet werden kann. Schon ſo beſtehen aber die in das bayerſche Geſetzbuch aufgenommene Definition und die erwähnte ſpätere Beſtimmung neben einander, ohne daß die letztere der erſteren derogirt. Der am ſchwerſten zu entfernende Tadel dürfte der ſein, daß die Definition nur auf den beſtimmten dolus, weniger auf den unbeſtimmten und eventuellen paßt, und Handlungen des Affectes auszuſchließen ſcheint.

Es verlohnt ſich nicht, bei manchen anderen über unſeren ſubtilen Begriff verſuchten Definitionen ſich weiter aufzuhalten. Sie ſind Variationen über daſſelbe Grundthema. Die kürzeſte und bündigſte ſcheint die Mittermaier'ſche, welche den dolus als den Entſchluß zu einer als ſtrafbar erkannten Handlung bezeichnet, und im Weſentlichen mit der oben angeführten Martin'ſchen und Abegg'ſchen und der des hannöverſchen Entwurfes übereinkommt. Die Erklärung des allgemeinen Landrechtes für die preußiſchen Staaten (Th. II, Tit. 20, §. 26): „Wer abſichtlich etwas thut oder unterläßt, wodurch Jemand gegen die Vorſchrift dieſes Geſetzbuches beleidigt wird, der begeht ein vorſetzliches Verbrechen;" iſt freilich nicht klärer, als das Definitum und zu enge, und auch die Definition des öſterreichiſchen Geſetzbuches vom J. 1803, §. 1: „Böſer Vorſatz fällt zur Schuld, wenn vor oder bei der Unternehmung oder Unterlaſſung, das mit dem Verbrechen verbundene Uebel bedacht und beſchloſſen worden iſt," unterliegt den von Birnbaum (a. a. O.) entwickelten Bedenken, und ſcheint insbeſondere ſowohl Handlungen des Affectes auszuſchließen, als auf ſolche vorſetzliche Handlungen nicht gut anwendbar, welche blos um ihrer nicht ſofort in die Augen fallenden entfernten Folgen, ihrer Gefährlichkeit oder um des Mißbrauches willen verboten ſind. Am meiſten bedürfen diejenigen Geſetzbücher und Schriftſteller der Berichtigung und Einlenkung, die den Willen, das zu thun, was durch das Geſetz verboten iſt, in allen Fällen gleichmäßig zum böſen Vorſatz zugerechnet haben wollen, oder den dolus als beſtimmten Willen, das Geſetz zu übertreten, definiren, obgleich ihnen das ſehr richtige Gefühl zu Grunde liegt, daß das Specificum des dolus zuletzt in der ſchlimmen Maxime des Handelnden, und in dem daraus entſpringenden Triebe zur Widerrechtlichkeit wurzelt[16]).

16) Vergl. Birnbaum a. a. O. S. 508, und Kitka a. a. O. S. 223.

Da nun das ernſtlichſte Beſtreben, das Richtige zu treffen, ſo abweichende Begriffsbeſtimmungen hervorgebracht hat, und jede derſelben in Beziehung auf die ſich dagegen erhebenden Anfechtungen gleichſam aus der Charybdis in die Scylla gefallen ſcheint, ſo hat ſich in neueren Zeiten ein decidirter Skepticimus geltend gemacht, daß man alle dieſe Verſuche, als vergeblich, aufgeben müſſe, weil jener Begriff ſeinem inneren Weſen nach ſo einfach und in ſeiner Anwendung auf den beſonderen Fall ſo mannigfach ſei, daß er ſich gar nicht definiren laſſe. So ſcheinbar dieſer Skepticimus aufgeſtutzt worden iſt, ſo müßte ſich doch die Wiſſenſchaft ſelbſt aufgeben, wenn man ihn für die Doctrin verſtehen wollte, und auch für die Geſetzgebung dürfte hier das franzöſiſche Sprüchwort anwendbar ſein: heurathe oder heurathe nicht, es wird dich Beides gereuen. Mag ſie auch die allgemeine Definition vermeiden, ſo wird ſie doch nicht umhin können, die erheblichſten Controverſen zu entſcheiden, welche über die Anwendung des Begriffes entſtanden ſind. Nichts iſt einfacher und zugleich mannichfaltiger als der Begriff des Beſitzes, deſſen Erwerb und Verluſt ſich formell ſtets gleich bleibt, und doch materiell ſehr verſchieden iſt, wenn wir z. B. den abgeleiteten Erwerb des Käufers, Pächters ꝛc. mit dem einſeitigen des Jägers, Schatzgräbers oder gar dem blos factiſchen eines Diebes vergleichen. Darum ermangelt unſer Corpus iuris darüber weder einer allgemeinen Beſtimmung, noch einer dieſelbe entwickelnden detaillirten Anwendung, welche zugleich außer Zweifel ſetzt, daß es keineswegs zu den *gemachten* Begriffen gehört, welche die Willkür des Geſetzgebers aus politiſchen Rückſichten ſo oder anders zu beſtimmen vermochte. Der Unterſchied zwiſchen vorſetzlichen und unvorſetzlichen Verbrechen gehört allerdings, wie Alles, was ſich auf Zurechnung und Auslegung bezieht, dem philoſophiſchen, dem wiſſenſchaftlichen Elemente des Strafrechtes an, welches der Geſetzgeber in ſeiner natürlichen Freiheit und Entwickelung nicht ſtören darf, und nur ſo weit zu beherrſchen im Stande iſt, als er daſſelbe zu leiten verſteht. Er widerſtrebt ſo ſehr einer jeden Dictatur, daß ſich darüber allerdings keine geſetzlich bindenden Vorſchriften, aber doch leitende Grundſätze aufſtellen laſſen, welche in ihrer mehr oder minder gelungenen Faſſung ſtets eine unwillkürliche Beziehung auf ein *unausſprechliches* Allgemeine behalten werden, aus dem ſie geſchöpft wurden, ſo daß ſie nach der **L. 1. D.** de **Reg. I.** über ihre Grenzen hinaus ihre Wirkſamkeit verlieren, weil das hier vom *Thatſächlichen* unzertrennliche *Recht* ſich nur in dem Verhältniſſe der Regel bequemt, als dieſe aus dem Rechte ſelbſt gebildet wurde. Eine Hauptſchwierigkeit, welche der Aufſtellung einer umfaſſenden Definition entgegentritt, ſcheint allerdings darin zu liegen, daß viele Verbrechen eine eigenthümliche Beſchaffenheit des rechtswidrigen Willens erfordern. So gehört zum Morde Vorbedacht, zum vorſetzlichen Todſchlag ein im Affecte gefaßter und ausgeführter Entſchluß, und beide begnügen ſich nicht mit einer feindſeligen Mißhandlung, wenn ſie nicht zugleich den animus occidendi einſchließt. Zum Diebſtahl gehört animus lucrifaciendi, zum Hochverrathe animus hostilis. Allein ſo gewiß der Begriff und das Wort Baum in der Sprache und in der Entwickelung des menſchlichen Verſtandes älter ſind, als die Begriffe und

Worte Eiche, Buche, Linde ꝛc., obgleich nur die letzteren Species in der Wirklichkeit exiſtiren, ſo entſpricht auch der dolus einem allgemeinen Thatbeſtande der Verbrechen, während jene eigenthümlichen Beſchaffenheiten zum beſonderen Thatbeſtande einzelner Verbrechen gehören, dem ſich freilich der Gattungsbegriff anſchmiegen und ſo deren Farbe annehmen muß. Solche Vervielfältigungen des dolus liefert uns auch das Corpus iuris in civiliſtiſcher Hinſicht in Menge, die darum doch einem Stamme angehören, z. B. dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest, si quis id, quod potest restituere, non restituit, qui ex aliena iactura lucrum quaerit, qui petit, quod redditurus est, qui imperio magistratus non paruit etc. Weder der Geſetzgeber, noch der Rechtslehrer braucht ſich daher durch die Beſorgniß abſchrecken zu laſſen, ſeine Aufgabe nicht zur Zufriedenheit jedes Grüblers zu erſchöpfen. Dem Erſteren genügt, wenn ſeine Definition nur gemeiniglich zutrifft, womit die Ausnahmen, welche jede Regel leidet, nicht ausgeſchloſſen ſind, und ein höheres Beſtreben wird nicht nur der Gemeinverſtändlichkeit Eintrag thun, ſondern auch die Buchſtabenmenſchen am leichteſten zu Mißgriffen führen. An ſchärferen Beſtimmungen mag ſich der Rechtsgelehrte verſuchen, und daß wir ſchon mehrere Definitionen haben, mit denen man ſich für den Hausbedarf wohl begnügen kann, hoffen wir gegen die aufgeworfenen, zum Theil zu weit getriebenen, Zweifel gezeigt zu haben.

Uns ſcheint die ältere, welche den dolus als propositum nocendi oder laedendi, definirte, noch immer diejenige, welche dem geſunden Menſchenverſtande am meiſten einleuchtet und mit der in Beziehung auf das Wort Schaden freilich gebotenen Erweiterung auch eine tiefere Forſchung befriedigt. Die Feuerbach'ſche, obgleich nicht minder wahr und ſcheinbar ſchulgerechter, ſagt doch einem leidigen Geſetzrigorismus zu ſehr zu und verliert das prius aus den Augen, was den Geſetzgeber zu dem Strafgeſetz beſtimmt hat, und dem durch das Strafgeſetz begegnet werden ſollte, wenn es gleich wahr iſt, daß der Richter die ſchädlichſte und gefährlichſte Handlung nicht ſtrafen darf, bevor ſie ein Geſetz für ein Verbrechen erklärt hat. Letzteres hat nur die Folge, daß man mit Bauer ſagen muß, die an ſich doloſe Handlung iſt zwar ſtrafwürdig, aber nicht ſtrafbar. Das Verbrechen überhaupt liegt in der Verletzung oder Gefährdung irgend eines in der Rechtsordnung geſchützten Gutes. Dieſes iſt ein ſinnliches Factum, das zwar zuweilen nur circumſtantiell oder künſtlich zu erheben iſt, aber doch auch in der Handlung ſelbſt oder in ihrem Erfolge durch Zeugen oder durch richterlichen Augenſchein im engeren Sinne bewieſen werden konnte. Mehr als dieſe in die Sinne fallende Erſcheinung gehört nicht zum Thatbeſtande des Verbrechens, welcher (En vestigium hominis) auf einen zugleich phyſiſchen und freien Urheber hinweiſt und der ſicheren Erforſchung des Thäters, wo nicht vorausgehen, doch dieſelbe begleiten muß[17]). Er bezieht ſich auf eine Begehungsart, welche keiner bloßen Natururſache zu-

17) So habe ich das, was man Thatbeſtand im eigentlichen Sinne nennt, ſchon zu bezeichnen verſucht in meiner Schrift: über Majeſtätsverbrechen und Hochverrath (Stuttgart 1836), S. 57 u. 58.

geſchrieben werden kann, und daher in der L. 5. §. 2. D. ad leg. Aqu. dem si quadrupes damnum dederit, vel tegula ceciderit, entgegengeſetzt wird. Die *Beziehung* auf einen zurechnungsfähigen Urheber iſt zwar nicht davon zu ſcheiden, daher in derſelben Stelle die im voraus gewiſſe Wirkung eines Raſenden, eines Kindes, eines zur Unterſcheidung noch nicht gereiften impubes dieſen zufälligen Ereigniſſen eines damnum fatale gleichgeſtellt wird. Aber dieſes Vorurtheil iſt gewöhnlich nur ein *problematiſches* [18]), und muß jedenfalls für den Zweck der Verurtheilung die Frage, ob die Handlung dolo oder blos culpa geſchehen war, noch an ihren Ort geſtellt laſſen, welche im Gegenſatze eines eigentlichen Beweiſes nur auf ein rechtsgiltiges *Bekenntniß* oder durch *Indicien* entſchieden werden kann, und daher ein Verfahren gegen den Angeſchuldigten vorausſetzt. Dolo iſt ſie verübt, wenn der in die That ausgebrochene *Wille* in Oppoſition gegen die durch das Strafgeſetz geſchützte Rechtsordnung auf die Verletzung oder Gefährdung eines ſolchen Gutes gerichtet war, was nur möglich iſt, wenn er ſich derſelben als gewiſſer oder wahrſcheinlicher Wirkung ſeiner Handlung bewußt war. Daher gehört zum dolus Beides: Wiſſen und Wollen, jedoch ſo, daß die erkannte *Gewißheit* des Erfolges, mit dem Wollen zuſammentrifft, die *Ungewißheit* des bewirkten Erfolges aber den dolus nicht ausſchließt, wenn der Erfolg nur möglich war und wirklich bezweckt wurde, wie bei demjenigen, der ſeinen Gegner wegen zu weiter Entfernung durch einen Bogenſchuß noch zu erreichen gedenkt. Iſt dagegen der Erfolg zwar ungewiß, aber gar nicht, ſondern etwas Anderes gewollt, z. B. er will ihn nur durch die pfeifende Kugel erſchrecken, in der Erwartung, ihn nicht zu treffen, ſo iſt bloße culpa vorhanden, und dazu der nicht gewollte ſchwere Erfolg, neben dem eigentlich bezweckten, nach dem Grade des letzteren zuzurechnen. Unſer gemeines Recht begnügt ſich jedoch, wie wir ſchon an einem anderen Orte gezeigt haben, mit dieſen beiden Elementen nicht, ſondern nimmt den die innere Schlechtigkeit und Stärke des böſen Willens determinirenden *Trieb zur Widerrechtlichkeit* auf eine Art zu Hilfe, welche dieſen hauptſächlich durch das blos eigennützige oder ſchadenfrohe Motiv ſich entblößenden Trieb als das eigentlich Carakteriſtiſche des dolus vorausſetzt. Auch kann ſich nur eine mehr vom Gewöhnlichen, als vom Weſen abſtrahirte Dogmatik, und keineswegs die Speculation mit den beiden erſten Merkmalen ohne das *dritte*, wodurch die Definition erſt *genetiſch* wird, befriedigen. Es wurzelt in derjenigen Nothwendigkeit, welche die Speculation mit der regſten Selbſtbeſtimmung cobminirt, weil die dem Willen

18) Auch ein Verrückter kann ſo hinterliſtig und ſo überlegt gehandelt haben, daß der Zweifel entſteht, ob er nicht in einem lucidum intervallum handelte, worüber ſodann dem Arzte das Urtheil gebührt. Dieß iſt aber nur bei fortdauernden zweifelhaften Gemüthszuſtänden praktiſch. Denn wenn auch der Schuldige nach dem mit vollem Bewußtſein verübten Verbrechen *wahnſinnig* wird, ſo kann er weder prozeſſirt, noch geſtraft werden. Es iſt auffallend, daß die Rechtslehrers dieſen moraliſchen Tod, nicht neben dem phyſiſchen unter den Tilgungsarten der Verbrechen aufführen. Der Unterſchied eines ſolchen erſt nachher eingetretenen Zuſtandes iſt nur von civilrechtlicher Bedeutung.

als innere Eigenſchaft nie abzuſprechende Freiheit in der dem Cauſalitätsgeſetze unterworfenen Phänomenenwelt verſchwunden iſt, was aber nur post factum erkennbar wird. Allerdings wird der dolus weder durch das Bewußtſein des gewiſſen Erfolges, noch durch die Beſtimmtheit der Abſicht oder Willensrichtung erſchöpfend erklärt, wenn wir nicht bis auf dieſen tiefer liegenden Grund zurückgehen. Das die Handlung begleitende Bewußtſein der Gewißheit ihrer Wirkung genügt zwar gemeiniglich, den Trieb erkennbar zu machen, weil das entgegenſtehende Pflichthinderniß einer Ueberwindung bedarf, folglich ohne Intention die Handlung nicht möglich iſt, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob nicht der Verbrecher dieſen von ihm ſelbſt verwünſchten Erfolg, wozu ihn ſein Dämon getrieben, gern umgangen hätte, wenn er, wie der nach der Börſe lüſterne Raubmörder ſeinen Endzweck auf andere Weiſe hätte erreichen können; und wenn Grolman ſich des ſtarken Ausdruckes bedient: der höchſte Grad der Gleichgiltigkeit gegen den vorausgeſehenen Erfolg grenze unmittelbar an den Vorſatz, ſo hätte er, um Mißverſtand zu verhüten, lieber ſagen ſollen, die culpa gehe hier geradezu in den dolus über, weil die menſchliche Natur eine ſolche Gleichgiltigkeit gar nicht zuläßt. So ſcharfe Abgrenzungen, gegen die ſich auch Mittermaier in der oben angeführten Stelle ausgeſprochen hat, hätten unſere Claſſiker gewiß nicht gut geheißen, und ſie führen den wiſſenſchaftlichen Sinn von dem geſunden Menſchenverſtande ab. Der Satz Grolman's bedarf daher einer näheren Beſtimmung, und er hatte unſtreitig den freilich nicht ſeltenen Fall im Auge, wo das Bewußtſein des angerichteten Erfolges durch eine unſchuldige oder minder ſtrafbare Abſicht ſo verdunkelt worden iſt, daß der Angeſchuldigte das darin liegende Uebel ignoriren konnte. Aber gerade dieſe zweideutigen Fälle ſind es, wo nach unſerem gemeinen Rechte die Schlechtigkeit des Antriebes das illiquidum der ſubjectiven Vorſtellung des Erfolges und die unbeſtimmte Abſicht zu ergänzen im Stande iſt. Um den dolus zu entfernen, muß entweder der Handelnde in einer an ſich unſchuldigen Abſicht über einem beſtrebten reellen Gute den Erfolg gar nicht als dieſes Unrecht erkannt haben, oder die allein gewiſſe unvergleichlich minder ſtrafbare Abſicht muß mit dieſem Erfolge in einem ſolchen Mißverhältniſſe ſtehen, daß die atrocitas facti der Hypotheſe widerſtrebt, denſelben in die Abſicht einzuſchließen. Das Specificum des dolus liegt zuletzt in der Schlechtigkeit der Maxime des Handelnden, und dieſe kann ſich ohne Gewißheit des Erfolges und bei unbeſtimmter Abſicht vollkommen zeigen. Einmal, wenn der Menſch nach ihr eine Urſache in Bewegung ſetzt, welche, mit Unheil ſchwanger, in ihrer Wirkſamkeit nicht mehr beherrſcht werden kann, weshalb wir die seditio, die Brandſtiftungen, die naufragi suppressi etc. auch unter die lex Cornelia geſtellt finden; dann, wenn er ſich einer leicht in die wildeſte Grauſamkeit ausſchweifenden Leidenſchaft überließ. Der Unzüchtige, welcher eine von ihm genothzüchtigte Weibsperſon, oder gar ein unmannbares Mädchen ſo mißhandelt, daß ſie das Leben einbüßt, ſollte unerbittlich mit dem Tode beſtraft werden, ſobald er dieſen Erfolg nur als wahrſcheinlich vorausgeſehen hat und vorausſehen mußte, wie bei uns der Fall vorgekommen

iſt, daß einer ſich ſo gegen eine Schwangere verging, und dadurch zwei Leben auf einmal umbrachte, wahrſcheinlich weil er ſich dadurch nach einer Volksmeinung von einer Gonorrhoe zu curiren gedachte. Denn welche Stärke des ſchlechten Triebes gehört dazu, nicht nur die vom Rechte in der Nothwehr Leib und Leben gleichgeſtellte Keuſchheit, ſondern auch die Gefahr von Leib und Leben einer ſolchen Perſon ſeiner thieriſchen Luſt unterzuordnen? — Und in der That artet die Humanität in Nervenſchwäche aus, wenn man auf das nicht zu beſtreitende getrübte Bewußtſein und die ihn nach der That packende Reue eine unverdiente Rückſicht nimmt, ſtatt daß man ihn demjenigen vergleichen ſollte, der ſich mit geiſtigen Getränken und mit Belladonna berauſcht hat, um ein ſeiner eigenen Natur widerſtrebendes Verbrechen deſto rückſichtsloſer begehen zu können. Auch das Unternehmen des Schützen, der, um ſeine Kunſt zu zeigen, dem Anderen die Locke ſtreifen wollte, und ihn todt geſchoſſen hat, dürfte über den bloßen Muthwillen hinausgehen, abgeſehen davon, daß ein ſo beſchränktes Bekenntniß einer ſtarken Unterſtützung bedarf, um nur Glauben zu verdienen. Ein Anderes iſt es bei dem Beſtohlenen, welcher den flüchtigen Dieb verfolgt, und dem wohl zuzutrauen, daß es ihm nur um das Seine zu thun war, und daß ihm genügt hätte, nur an den Beinen zu verwunden. Eben ſo bei den Exceſſen der Nothwehr, des Amtseifers oder des Züchtigungsrechtes. Ferner bei dem Zuſchlagen in Raufhändeln, wo nur Realinjurien ausgetauſcht werden, die ſich in der Hitze des Streites nicht abwägen laſſen, beſonders wo es ohne mörderiſche Waffen geſchieht. L. 1. §. 3. D. ad leg. Corn. de sicariis. Ja, zum Beweiſe, daß die objective Gewißheit des Erfolges allein nicht entſcheidet, ſelbſt beim Gebrauch von Meſſern, wo der Handelnde, obgleich in ſelbſt herbeigeführter und daher nicht entſchuldigter Nothwehr ſich nicht mehr anders glaubt helfen zu können, um nicht unterliegen zu müſſen, — lauter Handlungen, welche bei einem hinterliſtigen Anfalle und nach einer vorbedachten Bewaffnung ſchon ganz anders gewürdigt werden würden. Auch dem Arzte oder Wundarzte, und ſeien ſie unberechtigte Medicaſter, wird man nur culpa lata zur Laſt legen, wenn ſie durch eine noch ſo gewagte heroiſche Cur oder Operation den Patienten auf den Kirchhof geliefert haben, weil die wohlgemeinte Abſicht, den Kranken retten zu wollen, jeden eventuellen dolus ausſchließt. Im Gegentheil verdammt nach unſerem gemeinen Rechte den bewaffneten Dieb, welcher den ihm zu raſch und herzhaft auf den Leib kommenden Beſtohlenen erſchlug, ſeine Vorbereitung, die ihn in das Abentheuer verflocht, ohne für ſich ſelbſt und jene Begegnung einſtehen zu können. Hätte dagegen unſer gemeines Recht die zuvor gedachten Fälle dem dolus nicht gleichſtellen wollen, worauf ſchon ihre theilweiſe Stellung unter die Sicarier hinweiſt, ſo wäre es darin inconſequent, daß es ja den impetus, oder den offenbar gelinderen Fall eines ſehr entſchuldbaren Affectes in den dolus mit einſchließt, welcher bei der mangelnden Klarheit des Bewußtſeins durch nichts Anderes, als aus den auf Schaden gerichteten Trieb erkannt wird, dem ſich der Menſch nicht überlaſſen ſoll, weil es in dem Verhältniſſe weiter führt, je blinder es geſchieht, weßhalb die wohlwollenden Affecte des Mitleids,

der Gefälligkeit und der Freundſchaft unter Umſtänden die bloße Zurechnung zur culpa lata herabſtufen, wenn die Rechtswidrigkeit damit in einem ſolchen Verhältniſſe ſteht, daß ſie noch als Schwachheitsſünde entſchuldigt werden kann, wie bei demjenigen, der den gefeſſelten oder gar auf der Folter liegenden fremden Sclaven befreite, weil er ſein Jammern nicht aushalten konnte, oder welcher in einem in Auftrag übernommenen Kaufe einen guten Freund ſich zuvorkommen ließ, der das Object ſo nöthig brauchte, als ſein Mandant. Wie ſehr unſere Claſſiker dieſes cum grano salis verſtanden haben, wurde ſchon unter dem Artikel Culpa bemerkt, und wir fügen hier nur noch bei, daß der Richter, welcher aus Gunſt ungleich verfährt oder ſpricht, ſo wenig vom dolus malus freigeſprochen wird, als wenn er es aus Beſtechlichkeit thut, weil er ohne Unparteilichkeit gar nicht Richter ſein kann, weshalb auch der Strafrichter nach unſerer Halsgerichtsordnung ſich nicht mit ſeiner Barmherzigkeit entſchuldigen darf, wenn er dem Angeſchuldigten aus dieſem Beweggrunde wiſſentlich hinaushilft [19]). So wenig, als wir, entſchuldigen ſie den Staatsverbrecher damit, daß er als religiöſer oder politiſcher Schwärmer mit den erhabenſten Ideen ſchwanger ging, das Vaterland zu regeneriren. Hierauf bezieht ſich nun die Terminologie unſerer gewöhnlichen Eintheilungen des dolus in den beſtimmten und unbeſtimmten und des letzteren in den alternativen oder eventuellen, welche v. Weber (a. a. O.) mit vielem Geſchmacke dargeſtellt hat. Das württembergiſche Strafgeſetzbuch bezeichnet ſie im Artikel 87 wie folgt: „Eine Rechtsverletzung wird auch dann als vorſätzlich zugerechnet, wenn ſie derjenige, durch deſſen Handlung ſie herbeigeführt wurde, nicht ausſchließlich oder vorzugsweiſe gewollt hatte, mag es ihm nun gleichgiltig geweſen ſein, ob der wirklich eingetretene, oder ob ein anderer, gleichfalls mit ſeiner Handlungsweiſe bezweckter Erfolg eintrete, oder mag er nur für den Fall, daß es ſich nicht anders fügen würde, zum voraus die erfolgte Verletzung gewollt haben." v. Hufnagel bemerkt in ſeinem Commentar: „Man wird behaupten dürfen, daß das Geſetzbuch mit dieſem Artikel nichts bezweckte, als den Richter an dieſe wichtigen Begriffe zu erinnern oder, wenn er ſie noch nicht hat, ſie ihm geben zu wollen." Wir möchten hinzuſetzen: ohne ihn willkürlich zu beſtimmen, oder mit Kitka zu reden, als gemachten Begriff zu behandeln. Feuerbach gibt ein Beiſpiel des unbeſtimmten Vorſatzes, den er zwar richtiger im Takte, als in Bezeichnung eventuell nennt (§. 59, Note a), woraus aber unſere gewöhnliche Terminologie einen alternativen geſchaffen hat. „Ich will mich an einem Menſchen rächen und ſchieße nach ihm, nicht gerade um ihn zu tödten, auch nicht um ihn blos zu verwunden, ſondern um meine allgemeine und unbeſtimmte Abſicht, ihm zu ſchaden, auszuführen. Welchen Erfolg gerade dieſe Handlung habe, iſt mir gleichviel (?), ich will nur, daß eine von dieſen Verletzungen wirklich werde." Verſteht man dieſes ſo, daß er ſich das Eine ſo gut wie das

---

19) Iudex tum litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes.

Andere vorgeſetzt habe, was freilich, da der durch Werthſchätzung beſtimmte und nach dem Beſſeren ſtrebende Wille alle Zeit einen Vorſchmack zeigen wird, und der Richter ſtets das Gelindere annehmen muß, auf eine pſychologiſche und juriſtiſche Unmöglichkeit hinauslaufen dürfte, und wäre ein ſolcher Entſchluß in einer denſelben zergliedernden ruhigen Ueberlegung gefaßt, ſo würde er der Beſtimmtheit des ſchlimmeren Vorſatzes durchaus keinen Eintrag thun, weil, wie oben bemerkt wurde, die Ungewißheit des Erfolges den dolus nicht ausſchließt, und dieſe überhaupt nur dem Können und nicht dem Wollen entgegenſteht. Er will ſo gern tödten, als verwunden, aber er weiß noch nicht, was ihm gerathen wird. Ex hypothesi der gewöhnlichen Terminologie hat alſo v. Weber ganz recht, daß ein ſolcher alternativer Vorſatz mit dem beſtimmten auf gleicher Linie ſtehe, oder gleich ſtrafbar ſei, wenn der ſchlimmere Erfolg eintritt, und conſequent müßte man weiter behaupten, daß beim Eintritt einer bloßen Verwundung zugleich ein Tödtungsattentat zuzurechnen, da man nicht ſagen kann, daß der ausgebliebene Erfolg ein freiwillig aufgegebener geweſen ſei. Allein da man unter Zweck ſich eine Concentration des Unendlichen in ein Endliches denkt, ſo iſt dieſe Vorausſetzung, zwei Fliegen zumal ſchlagen zu wollen, und darum keine recht zu treffen, unnatürlich, und die Criminaliſten haben bei dieſem Unterſchied ſtets einen individuellen einfachen Vorſatz im Auge gehabt, deſſen Strafbarkeit durch den Ausgang beſtimmt wird, weil der Anfang im Dunkeln liegt, und der Handelnde ſich über die Folgen oder über ſein Beginnen keine deutliche Rechenſchaft zu geben im Stande war, ſondern ohne ſpecifiſche Folgen ſeinen Zweckbegriff aufzunehmen, entweder das Schickſal walten, oder ſich blindlings durch einen gefährlichen Trieb leiten ließ. Erſteres iſt der Fall, wenn die Handlung des Verbrechers ſo beſchaffen war, daß es, nachdem ſie einmal unternommen worden, nicht mehr in ſeiner Macht geſtanden hat, die nur im Allgemeinen vorausgeſehenen traurigen Folgen der von ihm in Wirkſamkeit geſetzten Urſachen zu verhüten[20]). Gewiſſermaßen läßt ſich dieſes ſchon auf das Schießen, Werfen anwenden, da Jeder ſich ſagen muß, daß die Kugel aus dem Rohr, der Steinwurf aus der Hand, nicht mehr zu lenken ſind, und alſo der beſte Schütze, der z. B. nur ſtreifen wollte, nicht dafür einſtehen kann, ob der Damnificat nicht in demſelben Augenblicke ſeinen Ort verändert hat, ſollte er auch ſeines Viſirens noch ſo gewiß geweſen ſein. Noch mehr aber leuchtet die Verſchiedenheit ein, wenn der Erfolg durch eine längere Zwiſchenzeit von der Handlung getrennt iſt, in der, wie das angelegte Feuer, das das Haus niederbrennen ſoll, aber auch das Leben der im mitternächtlichen Schlafe liegenden Bewohner gefährden kann, die Urſache erſt anfängt zu wirken. Indeſſen kommt es auf die größere oder gerin-

20) Dieſer ſchon oben angedeutete Fall iſt am beſten in einer älteren Schrift hervorgehoben: J. C. Eschenbach, de dolo indirecto delinquentium, imprimis homicidarum. Ein roſtockiſches Feſtprogramm vom Jahre 1787, das ich übrigens nur aus Auszügen in Klein's Annalen kenne. Die in Koppe's Magazin für die geſammte Rechtsgelahrtheit, 1789, Bd. 1, S. 296 flg., enthaltene Widerlegung Chriſtiani's läßt dieſen Punkt unberührt.

gere Entfernung des Eintrittes nicht an, ſondern das weſentliche Merkmal beruht darauf, daß die Folgen im Momente des beendigten Verbrechens oder Verſuches noch als künftig, und entweder nicht völlig oder doch nicht ſpecifiſch gewiß erſcheinen, und daß gleichwohl die in Wirkſamkeit geſetzte Urſache von der dem Verbrecher nicht verborgenen Beſchaffenheit war, daß ſie den Erfolg ohne weiteres Zuthun geſtalten kann. Aus dem doch auch manches Goldkorn enthaltenden Unrath ſpitzfindiger Eintheilungen, in welchen ſich die alten Scholaſtiker verloren haben, verdient zur Erläuterung dieſer Erklärung der freilich ſchwankende Unterſchied zwiſchen causa instrumentalis und causa media hervorgezogen zu werden. Unter der erſteren verſtanden ſie diejenige, welche unſerer Willkür am meiſten unterworfen iſt und ſtets dienſtbar bleibt, unter der anderen gerade diejenige, welche, einmal in Thätigkeit, mehr für ſich wirkt, ſei ſie nun, wie das ſchon erwähnte Feuer, eine phyſiſche, oder, wie der zu Begehung eines Verbrechens in unſerem Namen durch Auftrag Angeſtiftete, wobei der eventuelle dolus vorzüglich praktiſch wird (vgl. Art. 76 des württemb. Strafgeſetzbuches), eine freie. So relativ dieſer Unterſchied iſt, da in gewiſſen Beziehungen ſogar unſer eigener Körper zu den causis mediis gehört, wie wir am Betrunkenen, der ſeine Herrſchaft darüber verloren hat, und am Kinde, das erſt gehen und ſeine Glieder gebrauchen lernt, gewahr werden, ſo iſt er doch, wenn wir das a potiori fit denominatio nicht vergeſſen, nicht unwahr. Ein Dolch z. B. wäre eine causa instrumentalis, weil er, zum Morden gemacht, in der Wirkung von der Richtung abhängt, die ihm unſere Hand gegeben. Dagegen erſcheint eine Klafterſtütze, als Werkzeug zu einer Mißhandlung gebraucht, ſchon mehr als causa media, weil wir die Führung derſelben nicht ſo in unſerer Gewalt haben, um den damit einem Anderen zugefügten Streich in der Richtung abzielen und in den Folgen abmeſſen zu können, mag nun der Verbrecher das größere oder das geringere Uebel bezweckt haben, das aus ſeiner Handlung entſtehen wird. Iſt das Erſtere der Fall, ſo hebt zwar der Umſtand, daß er ſeines Streiches noch ſo ungewiß war, wie z. B. derjenige, der ſeinem Gegner mit geladenem Gewehr (ambulans cum telo), wie einem Wildpret nachgeſchlichen, um ihn zu erſchießen, und nun, da dieſer, zufällig gewarnt, davon eilt, in zu weiter Entfernung, oder in dem Bewußtſein der keinen ſicheren Schuß mehr geſtattenden Unſtetigkeit deſſelben das auf ihn angelegte Gewehr dennoch abdrückt, den beſtimmten Vorſatz an ſich gar nicht auf, und Niemand zweifelt daran, daß die gezwungene Reſignation, daß er auch mit einem geringeren Erfolge vorlieb genommen hätte, ihm nicht zu ſtatten kommt, wenn er ihn ſeiner böſen Abſicht gemäß tödtlich getroffen hat. Nur wenn er fehlt, hat ſeine Leidenſchaftlichkeit, die ihn bei ſeinem ſchlimmen Wollen die Rathſchläge der Klugheit und die Regeln der Geſchicklichkeit vergeſſen ließ, wegen der objectiv minderen Gefährlichkeit auf die Strafbarkeit des Verſuches einigen Einfluß, und daß die äußere Erſcheinung der That eben wegen des gewählten unſicheren Mittels eine beſtimmte Abſicht nicht vermuthen läßt, dieſe daher entweder eingeſtanden, oder durch Nachſtellungen erwieſen ſein muß, gehört nicht zu unſerer Hypotheſe. Eine

charakteriſtiſche Verſchiedenheit entſpringt daher nur dann, wenn ſein eigentlicher Zweck nur auf das geringere Uebel gerichtet war, alſo nur dieſes in ſeiner beſtimmten Abſicht lag, er ſich aber bei Begehung dieſes geringeren Verbrechens ſelbſt bewußt war, daß er eine mit größeren Uebeln ſchwangere Mittelurſache in Bewegung geſetzt habe, welche trotz dem von ſeiner Seite beendigten Verbrechen noch nachfolgen können, ohne daß ihm ſeine phyſiſche oder moraliſche Unmacht erlaubt, das Geringſte zu ihrer Verhütung zu thun. Da es zuletzt auf dieſes Selbſtbewußtſein ankommt, ſo erſchöpft der bisher erörterte Unterſchied, der zwiſchen dem Willen und ſeinem Erfolge in der Mitte liegenden Urſache, je nachdem dieſe den Willen völlig ausdrückt oder nicht, obgleich er bei nüchtern überlegten, oder doch mit einiger Ruhe vorbereiteten Verbrechen den Begriff des eventuellen dolus am verſtändlichſten macht, deſſen Anwendungen noch nicht; denn der Erfolg kann, objectiv betrachtet, ſchon gegenwärtig und völlig gewiß ſein, und dennoch dem Handelnden ſo verborgen, daß er auf dem ſubjectiven Standpunkte einem künftigen und noch ungewiſſen gleich gilt. So coincidirt bei der Tödtung der Thatbeſtand nicht nothwendig mit der Handlung des Verbrechers, welches, wird ſie mit Prügeln verübt, nur dann der Fall iſt, wenn die Mißhandlung ſo lange fortgeſetzt wird, bis der Angegriffene auf dem Platze bleibt, und kein Lebenszeichen mehr von ſich gibt. Es genügt zu ihr unſtreitig, daß die zugefügte Verletzung den effectum integrum, wenn auch erſt nach längerer Zeit, nach ſich zieht. Iſt dieſes ärztlich gewiß, ſo hat der Verbrecher getödtet, und die Tödtung bleibt dolos, wenn derſelbe auch nur verwunden wollte, ſobald der Cauſalzuſammenhang den Erfolg ſo nahe legte, daß er als vernünftiges Weſen denſelben vorausſehen konnte und mußte. Da kein geiſtesgeſunder Menſch von gereiftem Alter ſich damit entſchuldigen darf, ſeine Vernunft nicht gebraucht oder bei der Hand gehabt zu haben, ſo wird hier, wo ein ſchon zur Zeit des Vollbringens objectiv gewiſſer ſpecifiſcher Erfolg vorliegt, zur völligen Feſtſtellung der ſubjectiven Seite die einzige Frage die ſein, ob in dem ſein Handeln begleitenden Selbſtbewußtſein ſowohl, als in der damit in inniger Verbindung ſtehenden Vorſtellung der Außenwelt die den Cauſalzuſammenhang offenbarenden Daten vorhanden waren oder nicht; ob — da, wie geſagt, ſogar auf unſeren Körper, deſſen von dem Kinde erſt durch allmälige Uebung zu erlernender Gebrauch auch bei dem Erwachſenen nicht zu jener, dem Willen abſolut unterworfenen Fertigkeit gedeiht, in welcher die Natur der Gottheit gehorcht, der relative Begriff einer causa media paßt — die Uebereilung ihm einen Fehlſtreich unterſchob, oder ob er die ihn umgebende Welt falſch geſehen, oder unrichtig beurtheilt hat. Denn ſo gewiß wir ſeine Vernunft als unendlich, allgegenwärtig und unverlierbar poſtuliren dürfen, ſo kann doch ſein der Zeit bedürftiges Ueberlegungs- und Beurtheilungsvermögen befangen geweſen ſein, und ſeine in das Räumliche fallenden Sinne können ſich verwirrt haben.

Nach dem bloßen Erfolge ſpricht zuweilen der Pöbel in der moraliſchen Schätzung von Perſonen und Handlungen ab, der Weiſe nie. Umgekehrt müſſen wir bei jedem vorgefallenen Verbrechen von einem Zwecke,

von irgend einer beſtimmten Abſicht, ohne die kein Menſch handelt, ausgehen, und dieſe wird ſtets durch die Veranlaſſung der That und durch das, was ihre äußere Erſcheinung als nächſte Wirkung nachweiſt, fixirt werden. Der Nothzüchtigende will ſeine Geſchlechtsluſt büßen, der Brandſtifter ein Haus, das ihm, ſo wollen wir der Erläuterung wegen annehmen, die Ausſicht benahm, und das er ihm zum Aerger gebaut wähnte, niederbrennen, der Gewaltthätige mit ſeiner gewaffneten Rotte ſich in den Beſitz eines Pachthofes ſetzen, aus dem der Inhaber mit ſeinem Geſinde nicht gutwillig weichen wird, derjenige, der einen rohen Menſchen aufſtiftet, ſeinem Beleidiger den Buckel voll zu ſchlagen, will dieſem Schmerz und Schmach verurſachen, eben ſo der Zornige, welcher ſelbſt zum Werke ſchreitend, das ihm zunächſt zur Hand ſtehende gefährliche Werkzeug ergreift, — allen dieſen Leuten wird man meiſt ohne Betheuerung glauben, daß ſie weder haben am Körper verletzen, noch umbringen wollen, ja daß es ihnen ſelbſt zum Leidweſen gereicht, wenn das Schlimmere aus ihrem Unternehmen dennoch erfolgt. Was erhöht nun ihre bloße Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg, den ſie mit der culpa lata gemein haben, von der bloßen culpa dolo determinata bis zum dolus? — Was berechtigt uns, entfernte und mittelbare Wirkungen, die, mochten ſie auch als wahrſcheinlich vorausgeſehen werden, doch auch der Zufall ſo oder anders geſtalten konnte, und die der Verbrecher ſelbſt verwünſcht, oder auch das durch ſeine That unmittelbar Hervorgebrachte, an das er aber, weil er falſch geſehen oder unrichtig geurtheilt hat, in demſelben Augenblicke wenigſtens nicht dachte, in die Zurechnung ſeines dadurch erweiterten minder ſchlimmen Vorſatzes aufzunehmen und damit gleichſam als Auswuchs zu verbinden? — Die gewöhnliche Auflöſung lautet: die vorgängige bedingte Einwilligung in den ſchlimmeren Erfolg, wenn es ſich nicht anders fügen werde [21]). Dieſe Antwort läßt allerdings nicht ganz unbefriedigt in den ſchlimmſten Fällen, wo aber der dolus vom beſtimmten aus denſelben Gründen, aus welchen wir den ſogenannten dolus alternativus beleuchtet haben, kaum zu unterſcheiden iſt. Ob aber damit gerade das Weſen jenes, eine Mittelſtufe zwiſchen dem eigentlichen dolus und der culpa lata bildenden, geringſten Grades des letzteren getroffen iſt, welchen die Criminaliſten ſtets im Auge gehabt haben, dürfte doch ſtark zu bezweifeln ſein. Sie ſcheint auf eine nicht recht adäquate Redensart hinauszulaufen, welche, von der Analogie des bei Verträgen dem ausdrücklichen gleichgeltenden ſtillſchweigenden Conſenſes entlehnt, nur auf Willens*äußerungen* paßt, daher auf den Willen ſelbſt, den ſich der Angeſchuldigte, ſo zu ſagen, verſchwiegen haben müßte, angewendet, etwas viel zu Poſitives ausdrückt und dadurch die Forderung zu hoch ſpannt. Aber abgeſehen von der Uneigentlichkeit dieſer Bezeichnung eines bloßen Geſchehenlaſſens deſſen, was

---

21) Zuerſt hat dieſe Auflöſung *Püttmann* (Miscellaneorum liber singularis. Lips. 1793. p. 351) aufgeſtellt, um mit dieſem eventuellen dolus dem Mißbrauch ein Ende zu machen, welcher mit dem dolus indirectus getrieben wurde. Sie iſt aber ſeitdem von den meiſten Schriftſtellern wiederholt worden, und gewiß als ein Fortſchritt anzuſchlagen.

dem ohnehin meiſt vom Schauplatze abtretenden Handelnden gleichwohl noch ſelbſt zuwider bleibt, und dabei noch nicht ſo gewiß und gegenwärtig iſt, daß derſelbe ſich nicht überreden konnte, es werde minder ſchlimm ablaufen, wird auf dieſe Weiſe die Schwierigkeit nur hinausgeſchoben, weil es ſich dann immer noch fragt, woran erkennen wir dieſe in einem richtigen Sinne gemeinte bloße Einwilligung als von dem eigentlichen Vorſatze noch verſchieden, und dennoch einen Zuwachs deſſelben bildend? — Aufrichtige Bekenntniſſe ſind hier ſelten zu erwarten, und gerade Bekenntniſſe der beſſeren und reumüthigen Inquiſiten fordern zu der umſichtigſten richterlichen Prüfung auf, um ſie nicht ſchuldiger zu finden, als ſie wirklich waren, oder ſie hintennach, nach dem verſchwundenen Zauber ihrer damaligen Verblendung, ſich ſelbſt halten. Die Nothwendigkeit und Unvermeidlichkeit des Erfolges, welcher nach der gemeinen Erfahrung erkennbar war, iſt zwar die Baſis der Beurtheilung, ſie wird aber auch ſelten fehlen, wo ein wahrer Cauſalzuſammenhang beſteht. Eben ſo wenig macht es die Nähe und Unmittelbarkeit dieſes Cauſalzuſammenhanges aus, weil auf der einen Seite die Gefahr größerer Uebel dem mit Ueberlegung Handelnden ſich ſchon aus der Ferne ſtark genug aufdringt, um in einem menſchlichen Gemüthe den Trieb zu ihrer Verhütung zu wecken, und auf der anderen Seite der Burſche, welcher, nachdem er ſich muthwillig in eine Schlägerei eingelaſſen, zuletzt, um nicht unterzuliegen, ſein Meſſer ergreift[22]; mehr aber noch der Wundarzt, der eine noch ſo gefährliche Operation unternimmt, von der er weiß, daß ihr Mißlingen dem Patienten das Leben koſten wird, ſehr verſchieden zu beurtheilen iſt, wenn wir ihn dem Noth-

---

22) Hat dieſer getödtet, ſo wird der ſtärkſte Beweis oder das glaubhafteſte Bekenntniß erhoben ſein müſſen, daß er dieſe **beſtimmte** Abſicht hatte, um ihn als Todtſchläger zu verurtheilen. Der Begriff des dolus eventualis verliert dagegen ſeine Anwendung. Den angeführten Beiſpielen können wir noch den Dachdecker beifügen, der, ohne zu warnen, einen Ziegel herunterwarf. Eben ſo wird man jenen dolus mit den Franzoſen nie auf bloße Uebertretung der ſogenannten reglemens de police anwenden. Vgl. auch württemb. Strafgeſetzbuch, Art. 251. Von einem akademiſchen Docenten der alten Schule hörte ich folgendes Beiſpiel des dolus indirectus anführen. Die Verwandten eines dem Trunke ergebenen Menſchen wollten dieſen von ſeinem Laſter abbringen. Sie erfuhren, daß nichts ſo ſehr ihm einen beſtändigen Eckel gegen den Branntwein beibringen werde, als wenn ſie in einem Fäßchen in demſelben lebendige Krebſe crepiren ließen, und ihm davon zu trinken gäben. Man ſagte ihnen aber dabei, daß er von den Folgen des Genuſſes eben ſowohl ſterben könne. Sie verſuchten es dennoch. Ich will den Zweifel an ſeinen Ort geſtellt laſſen, ob ſich hier der Thatbeſtand der Tödtung je ärztlich nachweiſen ließe, wäre aber der Meinung, daß hier auf keinen Fall mehr als culpa lata anzunehmen iſt. Die an ſich gutgemeinte Abſicht nimmt die Verwandten ſo ſehr, als den Medicaſter in den Schutz, und hat die Vorſtellung der Gefahr verdunkelt, indem ſie ſeiner Natur mehr zutrauten, als ſie nach dem Erfolge hätten thun ſollen. Uebrigens zeigt dieſer anatomiſche Vortrag, wie weit man den dolus indirectus ausgedehnt hat, und wie gerecht der Eifer eines Chriſtiani und Püttmann war. Unſere neuere Doctrin hätte übrigens in der blos veränderten Terminologie nur Miſtjauche gegen unlauteres Waſſer ausgetauſcht, wenn ſie nicht ſtillſchweigend vorausſetzt, daß das im dolus eventualis **vorzugsweiſe** Bezweckte ebenfalls eine **Rechtsverletzung**, und zwar ein **Verbrechen** nur von geringerer Art ſein müſſe.

züchtiger, Brandſtifter, gewaltthätigen oder hinterliſtigen Angreifer gegenüber ſtellen.

Wir können nicht dafür ſtehen, ob wir in der Auflöſung dieſes criminaliſtiſchen Räthſels glücklicher ſein werden, als Andere es geweſen, und ſind zufrieden, wenn wir ſie nur der Entſcheidung näher gebracht haben, als ſie bisher gefaßt wurde. Wir halten aber die in den kammergerichtlichen Erkenntniſſen in Klein's Annalen öfter trefflich benutzte Eſchenbach'ſche Definition des dolus indirectus, worunter nichts Anderes, als unſer eventueller dolus gemeint war, für diejenige, welche der Wahrheit am nächſten kommt. Homicidium ex dolo indirecto commissum dicitur, quoties delictum dolosum lenius **ex indole facti, cuius consectaria ab arbitrio delinquentis haud pendent, eius causa fuit.** Wir ſind jedoch der Meinung, daß ſich die Aufgabe nicht befriedigend löſen läßt, ohne mit unſerem gemeinen Rechte a) bis auf die Wurzel des dolus zurückzugehen, welche in der rechtswidrigen Maxime unſeres Handelns liegt, ſofern ſie ſich als den die innere Schlechtigkeit und Stärke des böſen Willens determinirenden verbrecheriſchen Trieb zeigt, ohne b) neben dieſem Gattungsmerkmale die ſpecifiſche Differenz hervorzuheben, welche mit dem auch der culpa lata eigenen Daraufankommenlaſſen eine Art von Unterlaſſungsverbrechen, welche dieſen Trieb in einer ihm nicht gewöhnlichen intenſiven Stärke zeigt, verbindet, wobei c) dieſe charakteriſtiſche Eigenſchaft ſich in dem die Handlung begleitenden Selbſtbewußtſein ſo reflectirt haben muß, daß der Verbrecher nicht umhin konnte, ſich ſelbſt als Urheber der Gefahr eines unverhältnißmäßig größeren Uebels inne zu werden. Die Rechtswidrigkeit der Maxime zeigt ſich vorzüglich darin, daß wir Andere nicht als uns gleich behandeln, ihre Güter und Intereſſen unſerem Vortheil oder gar unſerer Luſt aufopfern, und ſie wird geſteigert, je größer, unſchätzbarer und unerſetzlicher dieſe Güter und Intereſſen, je unverhältnißmäßiger der dadurch beförderte ſcheinbare eigene Vortheil, oder je ſchnöder die dadurch befriedigte Luſt erſcheinen. Irgend ein ſolches Attentat auf die in der Rechtsordnung ſanctionirte Gleichheit und Billigkeit ſetzt der dolus immer voraus, aber geſetzt auch, er ſei dem Willen nach nur auf eine geringere Verletzung gerichtet, ſo zeigt ſich doch die Stärke des an ſich minder böſen Triebes durch nichts ſo überſchwenglich, als durch die Ueberwindung des moraliſchen Abhaltungsgrundes, welches dem mit Ueberlegung handelnden Verbrecher bei ſeinem Unternehmen ein nach demſelben nicht mehr zu verhütendes weiteres Uebel in der Ferne zeigt, das er wegen ſeiner Größe nicht ignoriren konnte, und gegen deſſen Aufnahme in ſeine urſprünglich minder ſchlimme Willensbeſtimmung ihn nur getroffene Vorkehrungen ſchützen würden [23]), welche deſſen Eintritt nicht dem blinden

---

23) Nehmen wir unſeren Brandſtifter zum Beiſpiel, dem es eigentlich nur darum zu thun iſt, das ihn ärgernde Haus niederzubrennen. Aber wenn er beim Einlegen weiß, daß in demſelben Menſchen wohnen, welche nach der Localität wegen Alters, Krankheit, oder ihres ſorgloſen mitternächtlichen Schlafes bei der ſchnellen Verbreitung des Feuers der Lebensgefahr nicht wohl entrinnen können,

Zufalle überließen, und die er im Ernſte für zureichend erachten konnte. Der Zuwachs zu dem voraus beſtimmten geringeren verbrecheriſchen Vorſatze beruht weſentlich auf dem Bewußtſein, daß mit dem damnum iam factum des beendigten Verbrechens zugleich eine Urſache in Wirkſamkeit geſetzt wird, welche mit einem poſitiv zur Sicherheitsleiſtung verpflichtenden damnum infectum ſchwanger geht, deſſen, wenn auch nur wahrſcheinlichen, Eintritt der Verbrecher entweder gar nicht verhüten kann, oder doch durch die Unmacht ſeines Gemüthes zu verhüten gehindert iſt, während die culpa lata kein ſolches Zuſehen hat, weil mit dem beendigten

ſo können wir nicht umhin, dieſen accidentiellen Erfolg in ſeine verbrecheriſche Willensſtimmung mit aufzunehmen, mag nun das traurige Loos einen ihm völlig Fremden, dem er übel zu wollen keinen Grund hatte, oder gar zu ſeinem noch empfindlicheren eigenen Schmerz einen guten Freund betroffen haben, obgleich er ſich den Erfolg nicht ſo diſtinct und ſpecifik vorgeſtellt hat, wie derjenige, der ſeinem Feinde den Dolch in die Bruſt ſtößt. Sogar eine unſchuldige, aber eine fremde Rechtsſphäre berührende Unternehmung legt ja die Pflicht auf, nicht hinterdrein durch Unterlaſſung zu ſchaden, wie die Aderläſſe des Arztes zum gehörigen Verband, das Beginnen des Ofeneinfeuerns nicht daneben einzuſchlafen. Noch weniger kann eine an ſich verbrecheriſche Unternehmung von dieſer Pflicht entbinden. Wollte er alſo die härtere Zurechnung vermeiden, ſo mußte er ſich entſchließen, in Zeiten Lärm zu machen, damit die Leute ſich noch retten konnten. Dieſes Unterlaſſungsverbrechen fällt aber mit der That zuſammen, ſobald er einſieht, daß er zur Verhütung der traurigen Folgen gar nicht im Stande iſt. Aus demſelben Grunde kommt der eventuelle dolus am häufigſten im Verhältniſſe des intellectuellen Urhebers zum phyſiſchen vor, und gab in den Verhandlungen über das württemb. Strafgeſetzbuch zu manchen Debatten Anlaß, bis der vielleicht zu ängſtlich gefaßte Artikel 76 zu Stande kam, dem übrigens noch die ſtillſchweigende Billigung der dem Machtgeber zum Verhindern zeitig genug bekannt gewordenen Wahl der Begehungsart hätte beigefügt werden können. Denn bei der Stärke ſeiner Verpflichtung genügt ſchon das Nichthindern, um den letzteren verantwortlich zu machen, und geht über die reine culpa hinaus. Eben deßhalb kommt es auch nicht darauf an, ob er die Wahl einer gefährlicheren Begehungsart von dem, der den Auftrag übernahm, ſelbſt oder auch nur zufällig erfahren hat. Ganz mit dieſer Anſicht ſtimmt es überein, wenn Roßhirt (neues Archiv des Cr.-R., Bd. 8, S. 382) ſagt: „Der Giftmiſcher muß bei dem vollen Bewußtſein ſeiner Handlung auch daran denken, daß andere, als die von ihm hervorgeſuchten Opfer ſeiner Frevelthat, am Genuſſe des Giftes ſterben können. Hat er insbeſondere ſeine Giftſubſtanz ſo aufgeſtellt, daß ſie Mehreren zugänglich iſt, wer möchte von einer bloßen culpa ſprechen, wenn ein Anderer, als der vergiftet werden ſollte, das Gift genoſſen hat? Der Vergifter, indem er wiſſen muß, daß er in einem ſolchen Erfolge nicht Herr ſeiner That iſt, muß, indem er überhaupt die That will, ſo betrachtet werden, als wenn er auch dasjenige wollte, wohin ſeine That im ganz natürlichen Laufe der Dinge führt." Eben ſo ſpielt er in der unmittelbar folgenden Stelle auf den ſogleich zu entwickelnden Unterſchied zwiſchen einem eigentlichen Affecte und ſeinem Gegenſtücke, dem zu einem dem Affecte ähnlichen Gemüthszuſtande geſteigerten verbrecheriſchen Triebe, den man wohl dämoniſch nennen darf, an. „Wer, wie der von ihm als Beiſpiel angeführte Brandſtifter, die Rachelust im Herzen trägt, und ihr durch eine beſtimmte Handlung, der er ſich wohl bewußt wird, Luft macht, iſt ein dolosus ex proposito, auch wenn in einer großen Erregtheit ſeines Gemüthes Hand an das Werk der Rache gelegt wird." Der dolus malus iſt in der juriſtiſchen Dogmatik das, was in der theologiſchen der Teufel, die Macht des Böſen, welche wahrlich kein Gedicht iſt.

Verbrechen der Schaden ſchon angerichtet iſt, bevor der Verbrecher ſich ſelbſt als Urheber der Gefahr recht gewahr wird, und dieſelbe ſich mehr in der Vorſtellung der Außenwelt, als in dem Selbſtbewußtſein reflectirt, in welchem der in ſich entzweite Menſch vor ſeinem eigenen Gewiſſen ſteht. So einfach die Subſumtion bei ohne Ueberlegung gar nicht möglichen, oder doch ruhig vorbereiteten Verbrechen iſt, wie namentlich bei der Brandſtiftung, der Aufruhrſtiftung, der auf den Beiſtand einer gewaffneten Rotte angelegten Gewaltthätigkeit, welche ſchon wegen der unmöglichen Vorausſicht des Grades und Umfanges der gerechten Gegenwehr für die traurigen Folgen nicht einſtehen kann, ſo ſchwierig wird ſie bei zur Zeit der That ſchon objectiv gewiſſen, aber vom Thäter ignorirten Verletzungen, eben weil wir hier, ohne die weiteren Anhaltepunkte, nur auf den ſchlechten Trieb und auf die indoles facti angewieſen ſind. Um dieſen Fällen unſeren Begriff zu bequemen, müſſen wir die Regel aus einem anderen Standpunkte faſſen. Bei einem durch unſere Handlung unmittelbar bewirkten, jedoch über unſere vorgehabte Abſicht hinausſchweifenden Erfolge entſchuldigt das verdunkelte Bewußtſein eines dadurch nach gemeiner Erfahrung nahe gelegten Cauſalzuſammenhanges, woraus der Erfolg als nothwendig und unvermeidlich erkannt werden mußte, wie beim Spalten des Schädels mit einer Holzaxt, ganz und gar nicht, wenn die angerufene, Verwirrung oder Uebereilung erzeugende, Heftigkeit der Gemüthsbewegung in Gemäßheit eines bekannten pſychologiſchen Geſetzes, nach welchem die Unluſt überwundener Schwierigkeiten ſich in die Luſt der herrſchenden Leidenſchaft verwandelt und dieſer neue Stärke gibt, nur aus einer ununterbrochenen Steigerung des verbrecheriſchen Triebes erfolgt iſt. So wird für den Aggreſſor, der einem Anderen auf dem Wege geſtanden iſt, auch abgeſehen davon, daß er vorbereitet war, eine ſolche Entſchuldigung alles Gewicht verlieren, nicht nur dann, wenn eine unerwartete Feigherzigkeit des Beſchädigten ihn in ſeinen Inſulten muthiger machte und ſein Appetit im Eſſen kam, ſondern auch dann, wenn er durch einen herzhaften, obwohl in den erlaubten Grenzen gebliebenen Widerſtand erbittert worden iſt. Eben ſo wenig wird der ſchon berührte Nothzüchtiger, deſſen Geſchlechtsluſt durch einen anhaltenden Widerſtand der angegriffenen Weibsperſon in eine wahre Wuth ausgeartet iſt, mit der Einrede zu hören ſein, er ſei ſeiner ſo wenig mächtig geweſen, daß er nicht mehr wahrgenommen, wie arg er die Dirne zurichte. Die Exaltation des verbrecheriſchen Triebes muß alſo keine bloße mit der Schlechtigkeit ſeine innere Stärke und Gefährlichkeit entwickelnde Steigerung ſein, ſondern als ein ihr fremdartiges Einſchiebſel, worauf als natürlicher Schwierigkeit des Verbrechens der urſprüngliche Vorſatz gar nicht gefaßt ſein konnte, von irgend einer gegenſeitigen oder größeren Kränkung, wie z. B. von einer Ueberſchreitung der Nothwehr, herrühren, um der Entſchuldigung Raum zu geben, daß das von Anfang vorſätzliche Verbrechen blos culpos in ein ſchwereres übergegangen ſei. Es iſt ein goldenes Wort Feuerbach's (Lehrb. §. 121, Note a), wenn er ſagt: „Nicht dann ſteigt die Strafbarkeit, wenn die That nur in einem Affect begangen worden iſt, ſondern wenn die rechtswidrige Begierde ſelbſt zur Leidenſchaft geworden,"

die er einer den Verbrecher taub und unempfindlich machenden Gewohnheit gleichſtellt. Nur hätte er hinzufügen dürfen, daß dieſer von uns angedeutete Unterſchied den Milderungsgrund des Affectes ausſchließe, ſo viel ſcheinbare Aehnlichkeit er mit dem Einfluſſe des letzteren auf den Gemüthszuſtand und das Bewußtſein des Verbrechers habe. Die Strenge des römiſchen Rechtes, welches den zum Stehlen bewaffnet ausgegangenen Verbrecher unter die Sicarier ſtellte, iſt zwar für uns längſt nicht mehr praktiſch, weil wir den Verſuch nicht dem vollbrachten Verbrechen gleich ſtrafen, und nach germaniſchem Rechte einen Erfolg verlangen müſſen. Indeſſen dürfen auch wir nicht verkennen, daß ein ſolcher Dieb ſich ſchon im voraus auf Schutz und Trutz gegen die Perſon des Beſtohlenen mit der Gefahr für deſſen Leib und Leben gefaßt gezeigt hat, und er wird alſo, obgleich man ihm gern glaubt, daß dieſes nicht ſeine Hauptabſicht geweſen, bei einer wirklich verübten Tödtung vom eventuellen dolus nicht leicht frei zu ſprechen ſein, ſobald der geführte Streich und die Körperverletzung von der Beſchaffenheit ſind, daß ſie nach der gemeinen Erfahrung durch den Cauſalzuſammenhang den Erfolg nahe legten. Es iſt ganz in der Ordnung, wenn unſere Strafgeſetzbücher ſogar im Falle einer culpa lata den Räuber härter, als den gewöhnlichen Todſchlag beſtrafen. Er wird vielleicht einwenden, er habe die Waffe nur mitgenommen, um durch ihren Gebrauch zu ſchrecken, oder höchſtens eine Betäubung zu verurſachen, die ihm ja zum Fortbringen der entwendeten Sache genügt hätte. Allein ſeine Vorbereitung verdammt ihn, wenn wir gleich bei ſolchen glaubhaften Vertheidigungsgründen ſeine That nicht als Mord bezeichnen werden, da er dadurch, wie durch eine in Wirkſamkeit geſetzte unheilſchwangere Natururſache ſich als Anſtifter einer Gefahr gewahr wurde, die er, weil er weder für ſich ſelbſt, noch für eine herzhafte und überraſchende Begegnung Anderer einzuſtehen vermochte, nach der Verflechtung in ein ſolches Abentheuer nicht mehr verhüten konnte. War er zum Zuſchlagen gerüſtet, ſo beging er ein Unterlaſſungsverbrechen, wenn er ſich nicht zugleich des Maßhaltens verſicherte, und daß er dieſes gethan, hätte er nur mit der That beweiſen können. Anders verhält es ſich bei dem gewöhnlichen Diebe, welcher nur gefaßt auf ein heimliches Unternehmen, das er ohne Widerſtand durchzuführen gedachte, nach der Verübung ertappt wird, beſonders wenn er ſich mit dem nächſten beſten Inſtrumente nur um das Entkommen wehrt. Was ihm die Ueberraſchung eingibt, hat mit ſeinem urſprünglichen Vorſatze nichts gemein, und er wird daher leicht Gehör finden, daß er ſo weit, als wirklich geſchehen, nicht hat gehen wollen und die Folgen nicht bedacht hat. Der Trieb, der ihn beſeelt, iſt der unwillkürliche, ein Uebel abzuwehren, das er zwar ſelbſt verſchuldet hat, welches aber gerade dem minder verdorbenen Verbrecher am größten erſcheint. Erinnern wir uns dabei der Verſe aus Voltaire's Semiramis: Croyes moi les remords, a vos yeux méprisables, sont le seul bien, qui reste a des coupables.

Dieſes führt uns auf den eigentlichen Affect, — eine Materie, welche, obgleich ſie auch unter anderen Artikeln, namentlich unter Mord, noch zur Sprache kommen wird, doch wegen ihrer engen Verbindung mit

unſerer gegenwärtigen Abhandlung nicht ganz übergangen werden kann. Daß die Eingebungen des Affectes, im Widerſpruch mit den Geſetzgebungen des Orients, namentlich der Moſaiſchen [24]), in unſerem gemeinen Rechte zwar als der mildeſte Grad des dolus betrachtet, doch aber davon nicht unbedingt ausgeſchloſſen worden, iſt gerade der Beweis, wie genau dieſer Gattungsbegriff zuſammenhängt, theils mit dem eines wiſſentlich zugefügten Uebels, das auf der Wage des Rechtes mit dem bezweckten eigenen Vortheil keine Vergleichung verträgt, theils aber mit der Gefährlichkeit eines jeden ſelbſtſüchtigen Triebes, dem wir uns, als auf Schaden gerichtet, nicht überlaſſen ſollen. Der wahre Affect entſpringt nämlich aus irgend einer Kränkung entweder des Erhaltungstriebes, den wir mit allen lebenden Weſen gemein haben, oder des Ehrtriebes, der uns als Menſchen zu Behauptung unſerer Würde, als Rechtsſubject, nach dem honeste vive gegeben wurde. Der ſogenannte iustus dolor iſt daher ſein Hauptelement, und er ſetzt die Vorſtellung eines friſch empfundenen, oder als nahe bevorſtehend in der Ahnung peinigenden Uebels voraus, das die menſchliche Natur nicht erträgt, ohne daß das widerſtrebende Gemüth durch eine unwillkürliche Aufwallung zu einer Reaction beſtimmt wird. In ſeinem reinmenſchlichen und quoad primos animi motus unverantwortlichen Urſprunge, welcher ſich ſchon phyſiologiſch in den Lebenselementen des Blutumlaufes und Athmens, dem Pulsſchlage, dem Roth- oder Blaßwerden, der Lähmung oder der convulſiviſchen Bewegung der ihren inſtrumentalen Gebrauch verlierenden Glieder zu erkennen gibt, drängt er daher durch unſer geſtörtes phyſiſches und moraliſches Daſein zu einer Erlöſung vom Uebel, das zugleich von ihm ſelbſt befreit, iſt aber eben deswegen nur zur Warnung und Stärkung, und nicht zum Handeln beſtimmt, da er, ſobald wir, ſtatt ihn zu beherrſchen, uns demſelben hingeben, zum Maßhalten viel zu blind führt. Schon diejenigen Affecte, welche, wie die Furcht, die Angſt, der Schrecken, die Verzweiflung, aus dem Erhaltungstriebe entſpringen, obgleich an ſich nur auf Abwehr gerichtet, arten leicht, namentlich durch unzeitiges Zuvorkommen oder durch Ueberſchreitung der Nothwehr, in die Offenſive aus, wenn ſie durch die Vorſtellung von vermeintlichem Unrecht, in Beziehung auf bevorſtehende, aber noch ungewiſſe Uebel die Einbildungskraft zu lebhaft ergreifen [25]); ja ſie können in die Verſuchung führen, unſere Rettung von wirklichem, aber unvermeidlichem Unglück mit dem Nachtheile Anderer zu bezwecken, die unſer Schickſal nicht verſchuldet und ſich darum nicht zu bekümmern haben. Noch mehr gilt dieſes vom Zorne, der ſeiner Natur nach nicht

---

24) Vergl. Michaelis, Moſaiſches Recht, Th. 4, §. 273.

25) Atque illae quidem iniuriae, quae nocendi causa de industria inferuntur, saepe a metu proficiscuntur, cum is, qui nocere alteri cogitat, timet, ne, nisi id fecerit, ipse aliquo afficiatur incommodo. Cicero de officiis I. 7. am Ende. Dieſes Motiv iſt gerade dasjenige, was unter Unabhängigen, namentlich unter Staaten, die ſich auf ihre eigenen Kräfte verlaſſen müſſen, ein friedliches und rechtliches Nebeneinanderbeſtehen ſo ſchwer macht, und dem daraus entſpringenden Unfuge vorzubeugen, iſt einer der erſten Zwecke des Staates und der bürgerlichen Geſellſchaft.

blos auf Abwehr, ſondern auf eine im Rechtszuſtande in der Regel unzuläſſige Wiedervergeltung durch Privatrache ausgeht, und deſſen wir uns, nach Seneca, nur als eines Soldaten, und nicht als eines Feldherrn bedienen ſollen. Der Affect iſt daher a) eigentlich nur ein Strafmilderungsgrund, und auch dieſer nur dann vollkommen vorhanden, wenn zu der erſten Bedingung eines gerechten Schmerzes noch folgende hinzukommen, nämlich b) eine unvorbereitete, zu keiner Ueberlegung Zeit laſſende momentane Entſtehung, welche zur Zeit That noch fortdauert, oder eben ſo unwillkürlich friſch auflebt; c) Angemeſſenheit der That zu dem Schmerze, ſo daß ſie als Eingebung deſſelben begriffen werden kann, wobei es weniger auf das Temperament, als auf das, was die menſchliche Natur überhaupt erträgt, ankommt, weshalb man den Jähzornigen, der wegen einer wörtlichen Beleidigung, die er mit einer gleichen erwiedern konnte, ſogleich zu einem tödtlichen Werkzeuge greift, keineswegs, wohl aber die Rache des Ehemannes, der einen Anderen bei ſeinem Weibe in flagranti antrifft, oder den Vater, der ſeinem aus der Art geſchlagenen Sohne im erſten Unwillen über eine ſeinem Blute nie zugetraute, nicht wieder gut zu machende Schändlichkeit den Kopf zerſchmettert, ungeachtet die gerochenen Verbrechen nach dem Strafgeſetzbuche den Tod nicht verdient haben, entſchuldigen wird; endlich d) eine nicht durch Beſonnenheit ausgezeichnete Ausführung des augenblicklichen Vorſatzes, wie wenn der erzürnte Ehemann oder Vater Banditen aufſtellen oder Gift beibringen wollten, da eine ſolche Heimtücke zur Genüge beweiſt, daß ſie ihres Affectes noch Meiſter waren.

Nach dieſer Grundlage werden wir im Stande ſein, die ſtrafrechtlichen Wirkungen des Affectes genau zu detailiren. Es iſt uneigentlich geredet, wenn man ſagt, derſelbe hebe die Zurechnung auf, und ſchon Clarus hat nicht ſo unrecht gehabt, wenn er als gemeine Meinung aufſtellte: iustum dolorem non excusare a poena, sed ad poenam tantum moderandam prodesse, was man, als um ſo richtiger zugeben muß, da er nur bei delictis atrocioribus zur Sprache kommt, bei welchen das durch das Strafgeſetz zu verhütende Uebel in einem beſtimmten Erfolge beſteht, für den auch die culpa verantwortlich macht, und welcher durch dieſelben äußeren Handlungen hervorgebracht werden kann, welche eben ſowohl einem geringeren Verbrechen correſpondiren. Mit einem Worte der Affect hebt niemals den generellen dolus auf, welcher dem allgemeinen Thatbeſtande eines Verbrechens überhaupt, der iniuria im weiteſten Sinne, zu Grunde liegt. Allein durch ihn kann gar wohl das mit der ignorantia iuris nicht zu vermiſchende ſubjective Bewußtſein der Art und des Grades der Rechtswidrigkeit, welches zum ſpeciellen dolus weſentlich gehört, völlig verſchwinden. Dieſer Fall, welchen die erſt in der jüngſten Zeit verlaſſene gemeine Lehre vor Augen hatte, wenn ſie von einer durch den höchſten Grad deſſelben aufgehobenen Zurechnung ſprach[26]), iſt

26) Statt Aller beziehen wir uns auf Feuerbach, Lehrbuch, 12. Ausg., §. 90, Nr. V, und Note h, und den Mittermaier'ſchen Zuſatz §. 90a, IV. und Note o, woſelbſt auch die Literatur angeführt iſt.

vorhanden, wenn alle vier entwickelten Erforderniſſe dieſes Strafmilderungsgrundes zuſammentreffen. Völlige Strafloſigkeit begründen ſie jedoch nur dann, wenn die wechſelſeitigen Beleidigungen ſich in Beziehung auf Privatgenugthuung vollſtändig compenſiren und von der geringeren Art ſind, daß ſie nur auf Klage des Verletzten unterſucht und beſtraft werden dürfen[27]). Die moderne Praxis und Geſetzgebung hat dieſe Fälle auf einfache Verbal- und Realinjurien reducirt, während der Geiſt des römiſchen Rechtes viel weiter geht, bei welcher Streitfrage wir uns jedoch nicht aufhalten. Iſt dieſes nicht der Fall, ſo erſcheint ein ſolches mit dem Affecte durch alle Kategorien entſchuldigtes Verbrechen, je nach dem Erfolge, als culpa lata, und wird wenigſtens in unſerem gemeinen Rechte bei Tödtungen der culpa dolo determinata gleich behandelt, wie uns die L. 38. §. 8. D. und L. 4. C. ad leg. Iuliam de adulteriis, verbunden mit L. 1. §. 5. D. ad leg. Corn. de sicar., und verglichen mit Mosaicarum et Rom. leg. collatio, tit. I. §. 7. u. IV. §. 3. 10., Paulus, R. S. V. 23. §. 12., am deutlichſten zu ergeben ſcheinen. Aber wohl verſtanden und wie geſagt, müſſen zur Entſchuldigung der im Affecte verübten Handlung ſich alle vier Momente vereinigen. Mangelt das eine oder das andere, ſo bleibt zwar, ſofern keine abſolut beſtimmte, ſondern eine arbiträre Strafe in Anwendung kommt, die der menſchlichen Natur verzeihlichere Triebfeder noch immer als mildernd, oder vielmehr ſtrafmindernd in Berückſichtigung, allein ſie kann die Art der auch bei nüchternem Muthe unter der gleichen äußeren Thaterſcheinung begründeten Zurechnung nicht verändern. Fehlt es alſo a) an einem vollkommenen gerechten Schmerze, der aus dem Gefühle eines erlittenen oder bevorſtehenden Uebels nur dann entſpringt, wenn dieſes zugleich ein abzuwehrendes oder Genugthuung heiſchendes Unrecht iſt, keineswegs aber, wenn wir daſſelbe als ein wohlverdientes oder geduldig auf uns zu nehmendes Schickſal zu betrachten haben, ſo muß das, obgleich ſchon nach der Hypotheſe des Affectes unvorgeſehene und gegenwärtige, Uebel bedeutend ſein, um nur ſtrafmildernd zu wirken, da ſo leicht auch das davon ergriffene Gemüth den Willen hinreißt, doch der Verſtand dadurch nicht beſtochen wird, ſo daß man einen ſolchen keineswegs unbewußten Trieb der ſogenannten manie sans delire vergleichen möchte. Aus dieſem Grunde iſt der vorhin erwähnte überraſchte Dieb, dem es

---

27) Vergl. Grolman, Grundſätze der Cr.-R.-W., §. 229; Weber, über Injurien, Abth. II, S. 52 flg. Es genügt die Gleichartigkeit der Injurie, mag die erwiederte Ohrfeige, der Peitſchenhieb auch etwas derber ausgefallen ſein, und einen nicht beabſichtigten Schaden zur Folge gehabt haben. Diß ſcheint wenigſtens in der L. 52. §. 1. D. 9. 2. zu liegen. Eine andere Frage wäre die, ob ich bloße Schimpfreden mit Schlägen erwiedern darf. Daß übrigens der Affect an ſich bei Injurien die Strafe nicht aufhebt, hat Lauterbach richtig aus der L. 5. C. de iniuriis gefolgert, und hat ſeinen natürlichen Grund darin, daß eigentliche Schimpfreden bei kaltem Blute nicht ausgeſtoßen werden. Entſpringt nämlich die Erbitterung aus einer blos vermeintlichen Beleidigung, ſo fehlt das, was ſie nur indirect ſtraflos macht, nämlich die objective Tilgung des Klagrechtes durch die exceptio doli. Alles dieſes iſt Folge davon, daß der Affect den generellen dolus niemals aufhebt.

nicht um das Fortbringen der geſtohlenen Sache, ſondern um das glückliche Entkommen zu thun iſt, nur in ſo weit entſchuldigt, als ihm angelegen war, ſeine Rettung auf die für den Damnificaten am wenigſten empfindliche Weiſe zu beſtreben, und als wir dieſes zu vermuthen noch Grund haben. Bei jeder ihm angezeigt geweſenen Wahl eines minder gefährlichen Vertheidigungsmittels wird ſich alſo die Wage der Gerechtigkeit zum eventuellen dolus hinneigen, obgleich, ſo lange die That ſich aus einer minder ſtrafbaren Abſicht erklären läßt, er minder ſcharf beurtheilt werden wird (paulo remissius circa interpretationem doli mali versari debemus), als der bewaffnet zum Verletzen ausgegangene und darauf gefaßte Dieb. Auch die Eingebungen der Furcht vor Ungerechtigkeiten verlieren ſich meiſt in eine blos objective Beurtheilung, weil die Fundamente der bürgerlichen Ordnung eine zuvorkommende oder zu weit verfolgte Selbſthilfe auf das Ungewiſſe hin nicht nachzuſehen erlauben. Steht b) die zugefügte Verletzung mit dem an ſich gerechten Schmerze in einem zu auffallenden Mißverhältniſſe der dafür ſich genommenen Genugthuung, ſo wird der Handelnde dieſe Ausſchweifung, wovon er, da nicht der Affect, ſondern er handelt, ohne eine unmöglich zu beachtende Unart ſeiner Individualität (saevitia) einen Schimmer der Rechtswidrigkeit behalten mußte, zu büßen haben, und die ſonſt angezeigte Aufgeregtheit, Heftigkeit und Raſchheit, womit er gehandelt hat, ſteht dem eventuellen Vorſatze nicht entgegen, welcher in dem Unterlaſſungsverbrechen unverkennbar iſt, daß man ſo ſeiner Hitze weder nachgeben, oder gar ihr nachzugeben ſich angewöhnen ſoll. Daß endlich c) bei der Abweſenheit der vierten, mehr negativen Bedingung ſogar beſtimmte Abſicht, und alſo voller dolus anzunehmen iſt, bedarf keiner Erörterung. In wie fern jedoch ein geringerer Grad von Ueberlegung, welchen die Begehungsart zu erkennen gibt, alle Werkzeuge des Affectes aufhebt, iſt eine nicht zu unſerer gegenwärtigen Unterſuchung gehörige Frage von oft difficiler Art, welche bei dem Unterſchiede zwiſchen Mord und Todtſchlag ſehr erheblich wird. Es hängt dieſes von der Art des Verbrechens ab. So haben die Criminaliſten, namentlich S. Fr. Böhmer und Roßhirt, a. a. O., ſtets angenommen, daß bei Brandſtiftungen der dolus repentinus oder praemeditatus keinen Unterſchied mache. Wer nach einer erfahrenen Beleidigung in der Nacht ſich aufmacht, ſeinem Gegner das Haus über dem Kopfe oder die Scheuer anzuzünden, darf ſich mit keinem Affecte entſchuldigen, aus dem doppelten Grunde, weil dieſer offen handelt und gar nicht befriedigt wird, wenn nicht der Beleidiger fühlt, von wem die Vergeltung kommt, dann aber wegen der unerläßlichen Zurüſtung und heimlichen Ausführung. Aehnliches gilt von der Vergiftung, die wenigſtens mit dem Zorne nicht zu entſchuldigen iſt, und noch mehr von dem Reize einer unvorgeſehenen Gelegenheit, welche durch die ſich darbietende Beute zu einem Raubmorde verſuchen würde, wo, ſelbſt wenn Noth hinzukäme, die raſche That aus keinem an ſich unſchuldigen Affecte, ſondern aus einer in der Wurzel widerrechtlichen Begierde nach fremdem Gute entſpringt. Sonſt müßte man am Ende den hellen Neid deſſen, der ſich darüber ärgert, nicht ſo reich zu ſein und nicht ſo comfortabel zu leben, wie der

Nachbar, in ſeinen Eingebungen mit dem Affecte entſchuldigen, während nur offene Abwehr oder Vergeltung neben der Sympathie für den Beſchädigten zugleich eine Sympathie für den Thäter erwecken, welche die Handlung des letzteren auf ein der Art und dem Grade nach geringeres Vergehen bezieht.

Nachdem wir den eventuellen dolus zu erklären und in der Mannichfaltigkeit ſeiner Richtungen zu beleuchten verſucht haben, kehren wir zu der ſchon angeführten Bemerkung des verdienten Hufnagel zum Artikel 57 des württemb. Strafgeſetzbuches zurück, welcher an der oben abgebrochenen Stelle ſogleich fortfährt: „Es würde keine richtige Auslegung ſein, wenn man hierin finden wollte, daß der beſtimmte und der unbeſtimmte, der alternative und der eventuelle rechtswidrige Vorſatz in der Strafbarkeit einander ganz gleichgeſtellt ſeien,“ und ihre Verſchiedenheit mit den Motiven zu vereinigen ſucht. Mit dieſer Anſicht, insbeſondere der geringeren Strafbarkeit des blos eventuellen dolus ſtimmen ſchon die alten Vertheidiger des dolus indirectus überein, welche nicht nur eine aus indirectem Vorſatze begangene Tödtung mit dem Begriffe eines Mordes für incompatibel erklärten [28]), ſondern auch bei den aus einem ſolchen Vorſatze hervorgegangenen Tödtungen in den milderen Fällen nach dem damaligen Rechte von der geſetzlichen Todesſtrafe abzugehen erlaubten [29]), auf deren nothwendige, die Begriffe des Zeitalters empörende Anwendung ſich die Gegner dieſes dolus am meiſten geſteift hatten. In Bezug auf geringere Strafbarkeit des eventuellen dolus ſtimmt v. Weber a. a. O. bei. Auch nach unſerer Ausführung müſſen wir dieſen bloßen Zuwachs zu einem minder ſtrafbaren beſtimmten Vorſatz von einem auf den eingetretenen ſchwereren Erfolg gerichteten beſtimmten Vorſatz in einem Punkte weſentlich verſchieden behandeln, weil er, ſofern zu ſeinem Begriffe ſchon die bloße Gefahr oder die Wahrſcheinlichkeit genügt, ſobald dem Verbrecher nur ſein Gewiſſen ſagt, daß er Anſtifter dieſer Gefahr, und dieſelbe zu verhüten ſchuldig iſt, bei ausbleibendem Erfolge wohl als ein aggravans des verübten geringeren Verbrechens, aber keineswegs nach dem Verhältniſſe eines Verſuches beſtraft werden darf. Was aber die bei eingetretenem Erfolge in Anwendung zu bringende Strafe betrifft, ſo haben die neueren Strafgeſetzbücher, welche nur den Mord mit der einfachen Todesſtrafe belegen, und auf die im Affecte verübten Tödtungen und Körperverletzungen keine abſolut beſtimmten Strafen mehr ſetzen, den Streit darüber ſehr unpraktiſch gemacht, da der Richter nicht gehindert iſt, in den Fällen des blos eventuellen dolus innerhalb der Rahme herunterzugehen. Nur die ſchwereren

---

28) Quiſtorp, Grundſätze des P. R., §. 253, dem auch der jüngſte Herausgeber deſſelben, Klein beizuſtimmen ſcheint. de Boehmer ad Carpzov. qu. 22. obs. 3. 5. und ad art. 137. C. C. C. §. 17. Anderer Meinung war jedoch Koch (inst. iur. crim. §. 455), der übrigens das Wort muthwillig im Art. 137 der H.-G.-O. nicht im Sinne des ſechszehnten Jahrhunderts zu verſtehen ſcheint.

29) G. J. Fr. Meister, principia iuris crim. communis (ed. tert. 1798), §. 138. ibique cit. nota b.

Fälle eines vorausgeſehenen unvermeidlichen Erfolges, in welchem ein ſchon an ſich in der Strafbarkeit nahe ſtehendes Verbrechen übergegangen iſt, wie namentlich bei den angeführten Beiſpielen der Giftmiſchung, Brandſtiftung und Nothzucht, ſollten auf eine ſolche ſchonende Beurtheilung billig keinen Anſpruch haben, weil ſie mit dem beſtimmten verbrecheriſchen Vorſatze unmittelbar zuſammenfallen. Unſere Criminaliſten werden ſich übrigens hier dadurch helfen, daß ſie ihren ſogenannten alternativen Vorſatz annehmen, oder einen generellen, deſſen Erfolg zwar ſpecifiſch ungewiß, aber gleich ſtrafbar iſt, wie ihn auch der nicht mehr zu beherrſchende Zufall geſtalten möge.

Wir haben in unſerer Ausführung auf unſere poſitiven Rechtsquellen ſo oft Bezug genommen, daß wir uns bei der alten Streitfrage, ob dieſe Erweiterung des dolus, welche in eine Zweideutigkeit hinüberſpielt, wie ſie uns bei unmöglich ſcharf abzugrenzenden Begriffen der moraliſchen Welt nicht ſelten begegnet, und wegen der Unvermeidlichkeit ſolcher Uebergänge nicht mit Chriſtiani [30]) als distinctio aequivoci in sua aequivocata getadelt werden darf, auch in ihnen gegründet iſt. Ausdrücklich iſt dieſer Begriff freilich nirgends aufgeſtellt oder eigentlich definirt, aber er ſpringt doch aus vielfältigen Anwendungen hervor. Obgleich nicht ganz genügend, doch auch gewiß nicht unglücklich war die Berufung der alten Vertheidiger des dolus indirectus auf die L. 6. C. ad legem Iuliam de vi und die L. 38. §. 5. D. de poenis. Nicht ohne Schein wendete man zwar dagegen ein, dieſe Stellen enthalten ſinguläre Verordnungen. Die böſe Sitte der Selbſthilfe und der Unfug der Liebestränke und Kindsabtreibungen habe den Geſetzgeber Roms ſo gut beſtimmen können, bis zur Todesſtrafe aufzuſteigen, wie ſolches in Teutſchland hinſichtlich des Landfriedensbruches am Ende des funfzehnten und ſechszehnten Jahrhunderts geſchehen ſei. Allein abgeſehen davon, daß die erſte Stelle ein vielleicht durch einen beſonderen Fall veranlaßtes und auf Anfrage ertheiltes Mandat geweſen ſein könnte und daß die Stellen des Paulus (vergl. R. S. V. 23. §. 14, woſelbſt dieſe Abtreibungen unter die lex Cornelia geſtellt werden) auf gar keine beſondere Conſtitution zurückweiſen, ſo werden dieſe Entſcheidungen durchaus nicht als ein anomales oder ſinguläres Recht begründet, und dieſe Anſicht muß verſchwinden, wenn wir ſie mit dem Buchſtaben und Geiſte der lex Cornelia de sicariis verbinden, welche, obgleich urſprünglich einen dem ſpeciellen Thatbeſtande völlig angeſchmiegten dolus vorausſetzend (dieß iſt wohl die richtigſte Ueberſetzung des bekannten in lege Cornelia dolus pro facto accipitur), ſchon dem Buchſtaben nach den aufs Rauben und Stehlen bewaffnet ausgegangenen Verbrecher befaßte, dem es nicht gerade zunächſt ums Tödten zu thun iſt, obwohl Sylla eigentlich die gewerbsmäßigen Räuber, Banditen und Brandſtifter vor Augen haben mochte, womit Italien, in Folge der bürgerlichen Kriege, in Banden überſchwemmt

---

30) Koppe, Magazin, erſter Jahrgang, S. 300. Nenne man ihn immerhin einen Zwitterbegriff, ſolche Zwitter- oder Spielarten begegnen uns ja ſchon in der natürlichen Welt in einer vergeblich zu beſtreitenden Wirklichkeit.

war, wie wir noch aus den Schriften des Cicero, namentlich aus ſeiner Rede für den Milo erſehen, ſo daß man ſogar in der Nähe der Vorſtädte zur Nachtzeit ſelbſt in ſtarker Begleitung vor dem Ueberfalle ſolchen Geſindels nicht ſicher war, dem es bei dem Rauben auf das Morden nicht ankam, und durch die Praxis auf die gewaltthätige Occupation fremder Grundſtücke mit einer bewaffneten Rotte, die naufragos suppressos etc., bis zum allgemeinen Grundſatze, nihil interest, occidat quis, an mortis causam praebeat, ausgedehnt wurde, welcher gewiß nicht auf einen nothwendigen und unvermeidlichen Erfolg beſchränkt werden darf, ſondern ſchon anwendbar iſt, wenn der Erfolg von dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu beſorgen iſt. Wenn es alſo gleich aus triftigen hiſtoriſchen Gründen nicht zu bezweifeln ſteht, daß der urſprüngliche Sinn der lex ſich auf einen ſchärferen Begriff des dolus bezog, der demjenigen vollkommen gleich iſt, welchen wir mit dem Begriffe des Mordes verbinden, ſo kann dieſes doch nicht von der, ſowohl zur Ausgleichung der Unbilligkeiten einer blos buchſtäblichen Subſumtion namentlich der im Affecte verübten Tödtungen ꝛc., als zur Ausfüllung einer von ihr gelaſſenen fühlbaren Lücke allmälig ſehr erweiterten und zugleich in den Strafbeſtimmungen modificirten lex gelten, welche in unſerem Corpus iuris unter dieſem Titel auf uns übergegangen iſt, und man hätte trotz der in der Mitte liegenden Halsgerichtsordnung, welche doch aus dem fremden Hilfsrechte näher beſtimmt werden durfte, ſchon nach dem früheren Zuſtande unſerer Rechtsquellen ſehr erhebliche Gründe gehabt, die milderen Fälle des dolus eventualis mit einer geringeren, als der Todesſtrafe abzuwandeln. Gewiß aber iſt, daß bei anderen Verbrechen, namentlich bei der Brandſtiftung, wo nur das sciens prudensque gefordert und die luxuria dolo proxima dem Vorſatze gleichgeſtellt wird, unſere Quellen den dolus von der culpa lata keineswegs ſo ſcharf getrennt haben, daß ſie gar keine Uebergänge zulaſſen; daher auch zwei große Juriſten[31]) geradezu den Grundſatz aufgeſtellt haben, die letztere ſtehe nicht nur civilrechtlich, ſondern auch ſtrafrechtlich dem erſteren völlig gleich, was jedoch ſehr cum grano salis von der als culpa dolo proxima hervorgehobenen zu verſtehen, welche der Strafrichter nicht ſo leicht, als der Civilrichter vorausſetzen darf. Endlich aber iſt es eine Folge unſerer Entwickelung dieſes unvermeidlichen Zwitterbegriffes, daß auf alle diejenigen Verbrechen, deren ſpecieller Thatbeſtand in keinem von der Handlung des Verbrechers trennbaren Erfolge beſteht, und welche eine jede blos culpoſe Begehung von ſelbſt ausſchließende eigenthümliche Beſchaffenheit des böſen Willens ſo weſentlich erfordern, daß ſie ohne dieſe gar nicht verübt werden können, wie namentlich der Diebſtahl, der Betrug, die Fälſchung, der dolus eventualis ſchlechterdings nicht anwendbar iſt. Wer z. B. einem Anderen eine vergoldete Uhr feil bietet, in der Abſicht, ſie ihm auch dann anzuhängen, wenn er unvorſichtig genug ſein ſollte, ſie für maſſives Gold zu halten,

31) H. Donellus, comm. J. C. L. XV. c. 7. Anton Faber, de erroribus pragmaticorum. Dec. 76. Err. 3. v. Löhr, Theorie der Culpa, S. 29.

begeht durch das allgemeine Anbot, was gibſt du mir für dieſe Uhr, ohne ſie für golden auszugeben, noch keinen Betrug, ſondern erſt in dem Augenblicke, wenn er den Irrthum des Anderen bemerkend, dieſen unterhält und benutzt, und dann fällt der Effect mit ſeiner Handlung untrennbar zuſammen. Wer einem Anderen eine Sache wegnimmt, die er für die ſeinige hält, oder in dem Glauben, es geſchehe mit deſſen Bewilligung, begeht keinen Diebſtahl, wenn es ſich auch in der That ganz anders verhält. Der Grad des Leichtſinnes, womit er ſich ſeinen Irrthum in den Kopf geſetzt, entſcheidet nichts, und wenn er ſelbſt noch im Zweifel ſtand, ſo kommt es darauf an, welcher Gedanke im Augenblicke der Wegnahme der vorherrſchende war. Wird er ſeinen Irrthum erſt ſpäter inne, ſo begeht er von nun an eine Unterſchlagung, wenn er ſie behält. Es würde uns zu weit führen, wenn wir durch Beiſpiele zeigen wollten, wie nahe ſelbſt bei den ſchwerſten, aber vom Erfolge gar nicht abhängigen Staatsverbrechen die höchſte Schuld und völlige Strafloſigkeit an einander grenzen, und daß dieſes der wahre Grund geweſen ſein könnte, warum der große Dictator Sylla ſich bewogen fand, den Ankläger keiner Unterſuchung wegen Calumnien zu unterwerfen, da er doch nach dem Thatbeſtande des Verbrechens, welche ſo leicht in dem Floh einen Elephanten zu ſehen erlaubt, der böſen Abſicht ſchwer zu überführen ſein würde. Wenigſtens paßt auf die Verläumdung Aehnliches, was wir vom Betrug und Diebſtahl geſagt haben. Auch darüber ſtehen wir, übereinſtimmend mit den ſchon citirten Schriftſtellern, nicht im Zweifel, daß ein Mord aus blos eventuellem Vorſatze ein innerer Widerſpruch wäre. Da müſſen wir zu der ſcharfen Bedeutung des urſprünglichen Sinnes der lex Cornelia zurückkehren, und dürfen nach der That nichts als Mord ſtrafen, was nicht vor der That als Verſuch deſſelben zu ſtrafen war. Paulus R. S. V. 23. §. 3. Nun frage ſich Jeder, ob ein nicht einmal ſchwankender, ſondern beſtimmt nur auf Körperverletzung gerichteter Vorſatz als verſuchte Tödtung bezeichnet und beſtraft werden kann? — Gewiß weit weniger, als der Vorſatz im Affecte, wo es nur dann möglich iſt, wenn man einen beſtimmten Vorſatz annehmen darf, und das delictum perfectum ohne Erfolg blieb.

Um unſere Betrachtungen über den Gattungsbegriff, den wir ſubjectiv auf die innere Schlechtigkeit und Stärke des böſen Willens und objectiv auf die Verletzung oder Gefährdung irgend eines durch das Strafgeſetz geſchützten Gutes zurückzuführen unternahmen, zum völligen Abſchluſſe zu bringen, dürfen wir eine Schwierigkeit nicht unberührt laſſen, welche der ſehr zu beachtende Unterſchied zwiſchen natürlichen und poſitiven Verbrechen, oder zwiſchen delictis iuris gentium und iuris civilis in den Weg zu legen ſcheint. So leicht jene Definition mit den erſteren zu vereinigen iſt, weil in ihnen das Strafgeſetz gerade ſolche Handlungen als Verbrechen bezeichnet hat, deren Strafwürdigkeit und Rechtswidrigkeit ſchon dem ſchlichten Rechtsgefühl und dem ungebildeten Verſtande einleuchtet, oder deren politiſche Nothwendigkeit wenigſtens ſo nahe liegt, daß Jeder ſich ſelbſt fragen mußte, ob ſie nicht auf irgend eine Weiſe im Geſetze vorgeſehen ſeien, ſo ſcheint doch in Beziehung auf die an=

deren, dieſe Regel einen Abfall zu leiden. Bei ihnen ſcheint die Feuerbach'ſche Definition beſſer zu paſſen, welche, mit Abſtraction von einem ſolchen dem Geſetz vorangegangenen Prius, das Bewußtſein der Geſetzwidrigkeit des Begehrens als weſentlich hervorhebt. Nichts ſcheint natürlicher, als das Verbrecheriſche ſolcher nicht unmittelbar und durch ſich ſelbſt für ſtrafwürdig erkannten Handlungen auf einen Ungehorſam zurückzuführen, dasjenige nicht zu beobachten, was die geſetzgebende Gewalt zur Verhütung übler Folgen zu verbieten für nöthig erachtet hat; ſo wie auf der anderen Seite der Staatsbürger nicht dafür verantwortlich gemacht werden kann, wenn er ähnliche, an ſich nicht verdammungswerthe, aber in dieſer Vorſorge nicht mit befaßte Handlungen ſich erlaubt, welche dieſelben Folgen für die Sittlichkeit, Sicherheit oder den Wohlſtand nach ſich ziehen können. So wahr dieſes iſt, und ſo gewiß eine ſolche blinde und paſſive Obedienz, welche nicht darnach fragen darf, ob die Gründe des Geſetzes auch im beſonderen Falle zutreffen, dafür aber auch nur für das Befohlene verpflichtet iſt, eintritt bei jenen abſoluten Verboten, welche nur in Bauſch und Bogen wirkſam, der ſubjectiven Beurtheilung nichts überlaſſen dürfen, weil gerade aus dieſem Ueberlaſſen die zu verhütende Gefahr entſpringen würde, ſo iſt doch nicht zu verkennen, daß ſolche Verordnungen, da die Geſetzgebung in der Regel einen edleren Gehorſam, dem Herz und Verſtand auch im Einzelnen beipflichtet, vorausſetzt und auf eine freiwillige Theilnahme berechnet iſt, als wahre iura singularia eine Ausnahme bilden, welche durch die eigene Einſicht des Unterthanen von der politiſchen Nothwendigkeit einer Ausſchließung einer ſolchen Discretion die Regel beſtätigt, daß aber immerhin auch ſolche Verordnungen einer Auslegung bedürfen, und ſie, eben weil ſie zu mehr, als dem Verbotenen nicht verpflichten wollen, zulaſſen müſſen, damit Jeder ſich vergewiſſere, was er richtig zu befolgen hat, und was er bleiben laſſen darf, daß endlich Birnbaum ſo unrecht nicht hat, daß dieſe den Unterſchied zwiſchen dolus und culpa, oder die geringere oder größere Schuld, nicht mehr beachtenden iura singularia immer etwas Mißklingendes haben, wenn ſie ſich nicht auf bloße polizeiliche Strafen beſchränken. So wird derjenige, welcher ohne polizeiliche Ermächtigung ein Stilet im Beſitz hat, oder derjenige, welcher mit Uebergehung der Sicherheitsvorſchriften Gift abgab, ſich nicht damit entſchuldigen können, daß es ohne die geringſte böſe Abſicht geſchehen, weil Jener den Dolch zu einem Zuckermeſſer gebrauchen wollte, dieſer beim Abgeben überzeugt geweſen, daß kein Mißbrauch damit getrieben werde. Eben ſo wird der Beamte, welcher verbotswidrig von einer Partei oder von einem Amtsuntergebenen ein Geſchenk annahm, ſich vergeblich damit ausreden, daß dieſes Geſchenk auf ſeine Amtshandlungen, oder auf ſein Amt nicht die geringſte Beziehung gehabt, wie es bei ſolchen, welche, wie Hochzeitgeſchenke von den Verwandten ſeiner Braut, eine beſondere Veranlaſſung haben und als Höflichkeiten nicht gut abgelehnt werden konnten, ein möglicher Fall iſt. Doch muß man zugeben, daß dieſe Anwendung in eine große Härte ausarten würde, wenn das Geſetz auf eine ſolche Geſchenkannahme nicht blos correctionelle Strafen, ſondern geradezu die Dienſtentſetzung gedroht hätte, und daß die Römer

die vorher gedachten Fälle ſchwerlich unter die lex Cornelia oder unter die lex Iulia de vi publica geſtellt haben würden. Eben ſo wird man Birnbaum beipflichten, daß, wenn gleich der Artikel 399 des Code pénal[32]) den Schloſſern das Nachmachen fremder Schlüſſel bei einer unſerem Zuchthauſe gleich kommenden ſchweren peinlichen Strafe ſcheinbar unbedingt zu verbieten ſcheint, dennoch der Schloſſer nicht unter dieſen Artikel geſtellt werden könnte, welcher erweislich, um ſeinem guten Freunde eine Ueberraſchung zu bereiten, das nicht beſtellte, aber für ſeine Inquilinen bedürftige Duplicat eines Hausſchlüſſels verfertigt hätte. Denn ſo allgemein das Verbot lautet, ſo beweiſt doch ſeine Stellung unter dem Titel vom Diebſtahle, daß es nur ſolche Nachfertigungen im Auge hat, für deren Mißbrauch der Meiſter nicht ſo, wie für ſich ſelbſt, einſtehen kann, was beſonders dann der Fall iſt, wenn ſolche Schlüſſel beſonders nach bloßen Abdrücken von dritten Perſonen beſtellt werden, wobei ein dolus eventualis in der Regel gar nicht zu verkennen iſt. Wer zum Scherz ein Anſtellungsdecret für einen Bekannten verfertigt, um dieſen, dem er es auf der Poſt zukommen läßt, zum Beſten zu halten, wenn er ſich für den Glücklichen hält und zu dem erhaltenen Amte gratuliren läßt, begeht, ſo unziemlich dieſer Scherz iſt, wenigſtens keine Fälſchung öffentlicher Urkunden. Denn dazu fehlt die charakteriſtiſche Abſicht, daß von der noch ſo geſchickt nachgemachten Urkunde als einer ächten ein irgend Jemand legitimirender Gebrauch gemacht werden ſoll. Aber wie, wenn der gute Freund davon im Ernſte Gebrauch machte, wäre da wenigſtens nicht eventueller dolus vorhanden? — Hält er ſie für ächt, ſo begeht er kein falsum (vergl. L. 31. D. de l. Cornelia de falsis), und es fällt alſo auch die Möglichkeit dergleichen Zurechnung bei dem Anderen, als angeblichen Anſtifter weg, der wegen des verſchuldeten Unfuges nur als Injuriant zu beſtrafen iſt. Erkennt er aber die Falſchheit, ohne nach der Abſicht des Urhebers zu fragen, ſo begeht er ein für ſich beſtehendes falsum. Dagegen verfällt der ſolideſte Mann, der in der unſchuldigen Abſicht unter fremdem Namen incognito zu reiſen, ſich einen falſchen Paß verſchafft, in dieſes, wenn auch verhältnißmäßig mild zu beſtrafende Vergehen, weil er, ſo wenig er ſchaden will, doch öffentliche Intereſſen verletzt. Denn die Maßregeln der Sicherheitspolizei, welche die Regierung anzuordnen, dem Publicum ſchuldig, und alſo darauf zu halten berechtigt iſt, erlauben keinen Scherz, und mit der Obrigkeit ſoll man keinen Spott treiben.

Ueber die Streitfrage, ob dolus zu vermuthen, und die Art, wie er zu beweiſen, welche neben dem Bekenntniſſe ſchon nach unſerer Halsgerichtsordnung, ohne Unterſchied, ob Todes-, Leibes- oder Freiheitsſtrafe zu erkennen, auch den hier allein möglichen künſtlichen Beweis durch In-

---

32) Quiconque aura contrefait ou altéré des clefs, sera condamné à un emprisonnement de trois mois du moins, deux ans de plus et à une amende de 25 à 150 francs. Si le coupable est un serrurier de profession, il sera pûni de la reclusion, le tout sans preiudice des plus fortes peines, s'il y etoit en cas de complicité de crime.

dicien zuläßt, beziehen wir uns auf den ausgezeichneten Artikel Beweis in Straſſachen. Ohnehin ergeben ſich aus unſerer detailirten Begriffsentwickelung die Anhaltpunkte, welche den Richter leiten müſſen, ſo ſehr von ſelbſt, daß es eine unnöthige Wiederholung wäre, dieſe noch beſonders aufſtellen zu wollen. Nur Eines bin ich dem Andenken eines verewigten Lehrers und Gönners zu bemerken ſchuldig, daß die von ihm vertheidigte praesumtio doli gar nicht in dem Sinne gemeint war, in welchem ſie aufgefaßt worden iſt. Er verſtand darunter keine praesumtio iuris, ſondern nur die ſich gewöhnlich darbietende praesumtio hominis. Ihm war über die durchgängige Analogie der beiden Elemente unſerer Rechtswiſſenſchaft, der Interpretation und der Imputation, ein Licht aufgegangen, wovon die eine ſich auf Willenserklärungen, die andere auf freie Handlungen bezieht, und für beide die unwillkürlichen Folgen ausmittelt. So wie die erſte ſtets von der grammatiſchen Auslegung ausgehen wird, daß das, was der Menſch geſagt habe, auch das ſei, was er ſagen wollte, ſo müſſe auch, da bei dem Menſchen Alles ſprechend ſei, für die Zurechnung die niemals indifferente ſinnliche Erſcheinung der That als empiriſche Baſis dienen, um nicht das δῶς μοὶ, ποῦ 'ςω zu verlieren. So wie aber auf der anderen Seite die grammatiſche Auslegung, ja die niedere Hermeneutik mit allen ihren hiſtoriſchen Hilfsmitteln, der logiſchen Interpretation oder der höheren Hermeneutik coordinirt ſei, ohne daß ſich zwiſchen beiden ein allgemeiner Vorrang beſtimmen laſſe, den nur ihre relative Dignität im beſonderen Falle entſcheide, ſo verſtehe es ſich auch von ſelbſt, daß die tiefere Forſchung nicht bei jenen erſten Reſulaten ſtehen bleiben und den Kampf mit jeder anderen möglichen Erklärungsweiſe abweiſen dürfe, bei dem ſich die zu einer Vermuthung weder für das Eine, noch für das Andere berechtigte Juſtiz neutral verhalten müſſe. Dr. Zirkler.

Doppelehe, Bigamie, auch zweifache oder mehrfache Ehe, Polygamie[1]) genannt, iſt ein Verbrechen, deſſen ſich derjenige ſchuldig macht,

---

1) Der Ausdruck Bigamie oder zweifache Ehe iſt inſofern etwas zu eng, als auch das Eingehen der dritten, vierten u. ſ. w. ehelichen Verbindung unter den Begriff dieſes Verbrechens ſubſumirt werden muß. Vgl. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte (Leipzig 1835), Bd. 1, S. 144, Note 2. Wenn Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Criminalrechtes, §. 449, Note 1, dagegen behauptet, daß die dritte und vierte Ehe eines Verheuratheten immer nur in Beziehung auf die erſte giltige Ehe ſtrafbar, und inſofern immer zweifache Ehe ſei, ſo iſt das nicht ganz richtig. Man ſetze den Fall: es geht Jemand eine dritte Ehe ein zu einer Zeit, da zwar ſeine erſte giltige Ehe bereits aufgelöſt war, ſeine zweite bigamiſche ungiltige Verbindung jedoch noch fortbeſtand, und nur wegen inzwiſchen eingetretener Verjährung nicht beſtraft werden kann. Wegen vollendeter Bigamie wird er zwar nicht beſtraft werden können, da dazu, wie weiter unten gezeigt werden wird, allerdings eine noch beſtehende giltige Ehe erforderlich iſt, allein nach Heffter's Anſicht würde er nicht einmal mit der Strafe der verſuchten Bigamie belegt werden können. Das kann aber nicht angenommen werden, da die dritte Verbindung auf jeden Fall in der Abſicht eingegangen wird, den bei Eingehung der zweiten Verbindung übernommenen Verpflichtungen zuwider zu handeln. Ueberdieß muß die Auflöſung einer ehelichen

der eine eheliche Verbindung eingeht, während er wußte, daß eine bereits früher von ihm eingegangene Ehe noch fortbeſtand[2]). Manche nennen es doppelte Bigamie, wenn beide Theile, welche die bigamiſche Verbindung miteinander eingehen, noch durch eine frühere fortbeſtehende Ehe gebunden waren, wobei ſie alsdann, wenn nur ein Theil verheurathet war, von einfacher Bigamie ſprechen. Indeſſen ſind an dieſen Unterſchied, welcher dem bei dem Ehebruche herrſchenden Sprachgebrauche, nach welchem man zwiſchen doppeltem und einfachem Ehebruche unterſcheidet, nachgebildet iſt, keine weiteren geſetzlichen Folgen gebunden[3]). Jedes Falles macht ſich auch bei der einfachen Bigamie der unverheurathete Theil des Verbrechens ſchuldig, wenn ihm nur bei Eingehung der Verbindung bekannt war, daß der andere Theil in einer noch fortdauernden ehelichen Verbindung geſtanden[4]). Im römiſchen Rechte iſt das Verbrechen der Bigamie zum Theil nach anderem Geſichtspunkte aufgefaßt, als es nach heutigem gemeinen Rechte geſchehen muß. Dieſer verſchiedene Geſichtspunkt läßt ſich ſchon aus der verſchiedenen Strafe entnehmen, die in beiden Geſetzgebungen auf das Verbrechen geſetzt iſt. Während ſich nämlich das römiſche Recht darauf beſchränkt, den Mann, der zu gleicher Zeit zwei Frauen, und die Frau, die zu gleicher Zeit zwei Männer habe, für infam zu erklären[5]), iſt in der Carolina verordnet, daß ein Ehemann, der eine andere Frau, oder eine Ehefrau, die einen anderen Mann in Geſtalt der heiligen Ehe bei Lebzeiten des erſten Ehegatten nehme, mit keiner geringeren als der Strafe des Ehebruches beſtraft werden ſolle[6]). Der Verfaſſer der Carolina entſchul-

---

Verbindung, welcher ein trennendes Ehehinderniß entgegenſteht, und welche alſo an ſich nichtig iſt, immer auf dem Wege einer Sentenz erfolgen, indem es aus naheliegenden Gründen den Parteien nicht überlaſſen ſein kann, eigenmächtig auseinander zu gehen. Cap. 3. X. de divortiis. (4. 19.) Vergl. Eichhorn, Grundſätze des Kirchenrechtes, Th. 2, S. 454.

2) Die ſogenannte ſucceſſive Polygamie, welche vorhanden iſt, wenn Jemand nach aufgelöſter früherer Ehe eine neue Ehe eingeht, iſt alſo von dem Begriffe des Verbrechens gänzlich ausgeſchloſſen. Wenn daher die Civiliſten von Strafen ſprechen, welche das römiſche Recht aus einem gewiſſen odium gegen dieſe geſetzlich geſtatteten zweiten Ehen angeordnet habe, ſo iſt das nur uneigentlich zu verſtehen, indem ſich dieſe Strafen auf gewiſſe Vorkehrungen beſchränken, welche zum Beſten der Kinder erſter Ehe getroffen worden ſind. Vgl. Wächter a. a. O. S. 146. Von der Kirche wurden indeſſen ſolche Ehen allerdings nicht gern geſehen, von welcher Anſicht ſich im ſpäteren Kirchenrechte noch ſo viel erhalten hat, daß die zweite Ehe nicht eingeſegnet wurde. Vgl. Eichhorn a. a. O. S. 452.

3) Vgl. Wächter, Lehrbuch des römiſch-teutſchen Strafrechtes, §. 216.

4) Vgl. über dieſen Punkt, über welchen viele ältere Criminaliſten abweichender Meinung ſind, Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 79.

5) L. 1. L. 13. §. 2—4. D. de his, qui notantur infam. (3. 2.) L. 2. C. de incestis nupt. (5. 5.) L. 7. C. de repudiis. (5. 17.) L. 18. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.)

6) P. G. O. Art. 121. Die Strafe des Ehebruches, rückſichtlich welcher die Carolina Art. 120 auf das römiſche Recht verweiſt, war aber nach dieſem die Schwertſtrafe für den Ehebrecher, und für die Ehebrecherin Geißelung und Verſtoßung in ein Kloſter. §. 4. J. de publicis iudic. (4. 18.) Nov. 134. cap. 2.

digt ſich wegen dieſer Abweichung von dem römiſchen Rechte mit der Bemerkung, daß das Uebel, das in Geſtalt zweifacher Ehe geſchehe, auch ein Ehebruch ſei, und noch überdieß größer als der Ehebruch, und alſo mindeſtens dieſelbe Strafe als dieſer verdiene. Da aber dem Ehebruche ſelbſt im römiſchen Rechte die Schwertſtrafe angedroht iſt, und da in demſelben auch in Anſehung anderer Fleiſchesvergehungen ſehr harte Strafbeſtimmungen getroffen waren[7]), ſo läßt ſich daraus, daß auf die Bigamie nur die Strafe der Infamie geſetzt iſt[8]), mit Sicherheit ſchließen, daß bei dieſer Strafbeſtimmung nur an ſolche bigamiſche Verbindungen gedacht war, mit welchen weder Ehebruch noch anderes Fleiſchesverbrechen concurrirte. Denn es iſt ohne weiteres klar, daß dieſe Verbrechen blos darum, daß ſie unter der Form oder unter Concurrenz der Bigamie begangen wurden, nicht gelinder angeſehen werden konnten, als es außerdem geſchehen ſein würde. Daher konnte nach römiſchem Rechte die Ehefrau, welche während des Beſtehens ihrer erſten Ehe eine zweite Ehe einging, wegen Ehebruches beſtraft werden, wenn deſſen Requiſite vorhanden waren; ebenſo konnte der Mann, der wußte, daß ſie ſchon verheurathet war, und mit ihr concumbirte, als Ehebrecher beſtraft werden. In ähnlicher Weiſe konnte den Mann die Strafe des Stuprum treffen, wenn er mit einer unverheuratheten persona honesta bigamiſchen Beiſchlaf vollzog, ſo wie auch dieſe Perſon ſelbſt die Strafe des Stuprum verwirken konnte, wenn ſie um die noch beſtehende Ehe des Mannes gewußt hatte[9]). Eben ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß verwandte Perſonen, wenn ſie bigamiſchen Beiſchlaf miteinander vollzogen, mit den Strafen des Inceſtes belegt werden konnten. Wenn daher im römiſchen Rechte der Bigamie blos die Strafe der Infamie angedroht iſt, ſo iſt dabei nur an die Bigamie an und für ſich, an die Verletzung des Verbotes der Polygamie gedacht, ohne daß deswegen für den Fall, daß die Bigamie in ein anderes Verbrechen überging, härtere Strafen ausgeſchloſſen waren. Dieſer letztere Punkt ſcheint aber in der Carolina wenigſtens theilweiſe überſehen worden zu ſein. Denn in der bambergiſchen Halsgerichtsordnung wird behauptet[10]), daß die kaiſerlichen Rechte, worunter das römiſche Recht zu verſtehen iſt, gegen die Bigamie der Regel nach nur Infamie und Confiscation des halben

---

7) Die Strafe des Stuprum war nach römiſchem Rechte Confiscation der Hälfte des Vermögens, §. 4. J. cit., und konnte ſogar bis zur Todesſtrafe gehen, wenn eine Verführung ſtattgefunden hatte. L. 1. §. 2. D. de extraord. crim. (47. 11.) Ueber den ſcheinbaren Widerſpruch zwiſchen §. 4. J. cit. und L. 1. §. 2. cit. vergl. meine Abhandlungen aus d. g. t. Strafrechte, Bd. 1, S. 244.

8) Es ſcheint übrigens, als habe außer der Infamie noch eine außerordentliche Strafe eintreten können. L. 11. §. 12. D. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.) L. 2. C. de incest. nupt. (5. 5.) L. 7. C. de repudiis. (5. 17.) Theophilus, paraphras. Institut. lib. I. tit. 10. §. 6 u. 7, ſpricht ſogar von einer Capitalſtrafe. Vergl. darüber Wächter, Abhandlungen, S. 147 und 151.

9) Vgl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 72, und Abhandlungen, S. 150 u. 151.

10) Art. 146.

Vermögens, die Todesſtrafe dagegen nur in dem Falle zulaſſen, da mit der Bigamie eine ehrliche Frau oder Jungfrau durch Ueberkommung fleiſchlicher Werke an ihrem ehelichen Leumund betrogen und verletzt worden ſei. Daraus ergibt ſich, daß der Verfaſſer der bambergiſchen Halsgerichtsordnung von der irrthümlichen Anſicht ausging, als habe im römiſchen Rechte die Bigamie nur als Stuprum beſtraft werden können [11]), und demgemäß ſind auch gegen dieſelbe in der Bambergenſis nur diejenigen Strafen angedroht, welche nach römiſchem Rechte gegen Stuprum verhängt werden konnten [12]). Die Carolina geht zwar ebenfalls von der irrthümlichen Vorausſetzung aus, daß die Bigamie im römiſchen Rechte höchſtens nur als Stuprum beſtraft worden ſei; es iſt aber begreiflich, daß ihr dieſe Auffaſſung, welche ſie dem römiſchen Rechte unterſchob, nicht zuſagen konnte. Denn da nach ihrer Anſicht in jeder Bigamie, mit welcher fleichliche Vermiſchung verbunden, ein wirklicher Ehebruch enthalten war, ſo wäre ſie in Widerſpruch mit ſich ſelbſt gerathen, wenn ſie nicht für ihre Strafbeſtimmung den Geſichtspunkt des Ehebruches zu Grunde gelegt hätte [13]). Darum mußte ſie erklären, daß die Bigamie auch ein Ehebruch ſei, und alſo keiner geringeren Strafe als dieſer unterliegen könne. Dabei fühlte ſie wohl, daß die Bigamie eigentlich ein noch größeres Verbrechen ſei, als der Ehebruch, weil ja in ihr ein arger Mißbrauch der heiligen Ehe enthalten war, aber ſie konnte oder mochte wenigſtens nicht über die Strafe hinausgehen, welche bereits im römiſchen Rechte auf den Ehebruch geſetzt war. Jeden Falles dachte die Carolina bei ihrer Strafbeſtimmung gegen „das Uebel, das in Geſtalt zweifacher Ehe geſchehe," nur an eine ſolche Bigamie, welche mit fleiſchlicher Vermiſchung verbunden war, da nur unter dieſer Vorausſetzung die bigamiſche Verbindung für einen Ehebruch ausgegeben werden konnte [14]).

Wenn daher die Bigamie in der Carolina weſentlich unter den Geſichtspunkt des Ehebruches geſtellt iſt, ſo muß zunächſt darnach Begriff und Thatbeſtand derſelben beſtimmt werden. Deswegen gehört es zuvörderſt zum Thatbeſtande der vollendeten Bigamie, daß die erſte Ehe giltig eingegangen war, und zur Zeit der eingegangenen zweiten Verbindung noch fortbeſtand [15]). Denn ohne eine giltige noch beſtehende Ehe kann auch

---

11) Dieſen Irrthum, der ſich auf L. 18. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.) gründete, theilten auch viele ältere italieniſche Praktiker, welche bei Carpzov, pract. rer. criminal. qu. 66, nr. 15, nachgeſehen werden können.

12) Vgl. oben Note 7.

13) Nach der römiſchen Anſicht hatte blos der Ehemann, nicht auch die Ehefrau das Recht, von dem anderen Theile die Treue zu verlangen, deren Verletzung das Verbrechen des Ehebruches bildete. Daher beging der Ehemann keinen Ehebruch, ſondern nur Stuprum, wenn er mit einem unverheuratheten Frauenzimmer concumbirte. Nach der Carolina, Art. 120, kann ſich dagegen auch der Ehemann gegen ſeine Frau des Ehebruches ſchuldig machen, ſo daß Bigamie, mit welcher fleiſchliche Vermiſchung verbunden war, in jedem Falle als Ehebruch erſcheinen mußte.

14) Vgl. Wächter, Abhandlungen, S. 151, Note 13.

15) Vgl. Wächter a. a. O. S. 150.

nicht von einem vollendeten Ehebruche die Rede ſein[15a]). Dagegen iſt zum Thatbeſtande der vollendeten Bigamie nicht nöthig, was von einigen älteren Criminaliſten dazu erfordert wurde, daß die erſte Ehe durch wirklichen Beiſchlaf conſummirt geweſen ſei[16]). Denn davon ſind nach teutſchem Rechte nur einige privatrechtliche Folgen, keineswegs aber die Giltigkeit der Ehe und die Verpflichtung zur ehelichen Treue abhängig. Für fortbeſtehend iſt die frühere Ehe anzunehmen, ſo lange ſie nicht durch den Tod oder durch Scheidung getrennt worden iſt[17]). Dabei kann in Anſehung gemiſchter Ehen die Frage entſtehen, ob der katholiſche Ehegatte, der von ſeinem proteſtantiſchen Ehegatten durch das proteſtantiſche Ehegericht quoad vinculum getrennt worden iſt, ſich durch Wiederverheurathung bei Lebzeiten des geſchiedenen Gatten der Bigamie ſchuldig mache. Die Frage ſcheint verneint werden zu müſſen, da zwar die neue Ehe des katholiſchen Theiles nach den Grundſätzen des katholiſchen Kirchenrechtes nicht als giltig beſtehen, aber doch auf keinen Fall als eine Verletzung der aufgelöſten, alſo nicht mehr beſtehenden früheren Ehe angeſehen werden kann[18]). Durch eine bloße Trennung von Tiſch und Bette, wird aber, wie ſich von ſelbſt ergibt, auch für Proteſtanten die Möglichkeit des Verbrechens nicht ausgeſchloſſen, da eben darin keine wirkliche Auflöſung der Ehe enthalten iſt. Inwiefern noch ein Verſuch der Bigamie möglich ſei, wenn es an dem Erforderniſſe einer noch fortbeſtehenden giltigen Ehe mangelt, iſt nicht unbeſtritten. Diejenigen Criminaliſten, welche unrichtiger Weiſe das Daſein eines ſtrafbaren Verſuches in allen den Fällen in Abrede ſtellen, in welchen wegen mangelnden Objectes das Verbrechen nicht vollendet werden konnte, müſſen conſequenter Weiſe einen Verſuch der Bigamie ſelbſt in dem Falle leugnen, da Jemand eine zweite eheliche Verbindung einging, während er ſeiner irrthümlichen Meinung nach noch durch eine fortbeſtehende giltige erſte Ehe gebunden war[19]). Auch diejenigen, welche der richtigen Meinung zugethan ſind, und einen ſtrafbaren Verſuch auch da annehmen, wo das Verbrechen wegen mangelnden Objectes nicht vollendet werden konnte, wollen einen Verſuch der Bigamie nur in dem Falle anerkennen, da der Verbrecher ſeine frühere Ehe für giltig gehalten hatte[20]).

15a) Vgl. Wächter a. a. O. S. 124.

16) Manche wollen, wenn die erſte Ehe durch Beiſchlaf nicht conſummirt war, nur eine minder ſtrafbare bigamia impropria oder uneigentliche Bigamie annehmen; z. B. Boehmer, medit. in C. C. C. ad art. 121. §. 1; Quiſtorp, Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechtes, §. 467.

17) Die Carolina, Art. 121, dehnt zwar den Begriff der Bigamie aus auf alle bei Lebzeiten des erſten Ehegatten eingegangenen ehelichen Verbindungen. Es verſteht ſich aber von ſelbſt, daß das für die Proteſtanten nur inſofern gelten kann, als nicht die erſte Ehe durch Scheidung aufgelöſt iſt. S. Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechtes, §. 385, Note a.

18) Vgl. Ammon, in Zu-Rhein's Zeitſchrift für Theorie und Praxis des bayerſchen Civil-, Criminal- und öffentlichen Rechtes, Bd. 1, Heft 3, S. 297.

19) Z. B. Zachariä, die Lehre vom Verſuche der Verbrechen, Th. 1, §. 131; Heffter, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 450, Note 1. Vergl. aber dagegen meine Abhandlungen aus dem gem. t. St.-R., Bd. 1, S. 279 flg., S. 477 flg., und Bd. 2, S. 198.

20) Wächter a. a. O. S. 150.

Es ſcheint aber noch weiter gegangen und ein Verſuch der Bigamie auch noch in dem Falle angenommen werden zu müſſen, da Jemand eine zweite Ehe eingeht, während eine früher von ihm eingegangene eheliche Verbindung, deren Ungiltigkeit er kannte, noch fortbeſtand. Denn ſo lange die erſte ungiltige Ehe nicht durch richterlichen Spruch aufgelöſt iſt, hat Niemand das Recht, eine zweite Ehe einzugehen [21]), und jedes Falles würde durch dieſe letztere den bei Eingehung der erſten Ehe übernommenen Verpflichtungen, von welchen er nicht anders, als durch richterliche Sentenz entbunden werden kann, zuwider gehandelt werden [22]).

Wegen des angedeuteten Geſichtspunktes, unter welchen die Bigamie geſtellt iſt, muß es ferner zu dem Thatbeſtande des vollendeten Verbrechens gehören, daß zu dem Eingehen der zweiten ehelichen Verbindung Beiſchlaf hinzugekommen iſt. Denn außerdem würde auch nicht von einem vollendeten Ehebruche die Rede ſein können [23]). Fehlt es an dieſem Erforderniſſe, ſo iſt bloßer Verſuch der Bigamie vorhanden, unter der Vorausſetzung, daß es an den übrigen dazu gehörigen Erforderniſſen nicht mangelt [24]). Aus gleichem Grunde iſt zur Bigamie der dolus erforderlich, ohne welchen es überhaupt keinen Ehebruch gibt, und der in dem Bewußtſein und der Abſicht beſteht, mit einer anderen Perſon zu concumbiren, als mit welcher man ſich ehelich verbunden wußte [25]). Daher iſt in dem Falle, da Jemand unter Beobachtung der äußeren Eheformen eine bigamiſche Verbindung eingeht, ohne geſchlechtliche Abſichten dabei zu haben, nicht einmal ein Verſuch einer eigentlichen Bigamie vorhanden, indem vielmehr die Handlung alsdann als ein ſelbſtſtändiges Verbrechen gegen die Religion aufgefaßt und nach anderen Grundſätzen beurtheilt werden muß [26]). Die Carolina bedient ſich des Ausdruckes „betrüglicher Weiſe, mit Wiſſen und Willen", um den hier erforderlichen dolus zu bezeichnen. Manche Criminaliſten legen auf die Worte „betrüglicher Weiſe" ein beſonderes Gewicht, indem ſie daraus herleiten wollen, daß der dolus noch außerdem auf eine Täuſchung oder einen Betrug entweder gegen den erſten Gatten, oder gegen den die Trauung vollziehenden Prieſter oder gegen das Publicum gerichtet geweſen ſein müſſe [27]). Indeſſen iſt dieſe

21) S. oben Note 1 a. E.

22) Hiermit ſtimmt Böhmer, a. a. O., überein, der ſich vorzüglich darauf beruft, daß die in einer ungiltigen Ehe Lebenden dem Namen nach Eheleute ſeien und in Geſtalt der heiligen Ehe leben, und bei Eingehung der zweiten Ehe auf jeden Fall die Abſicht haben, den Geſetzen zuwider eine zweifache Ehe einzugehen.

23) Wächter a. a. O. S. 150. Ueber die abweichende Meinung Einiger, welche den Beiſchlaf nicht fordern, vergl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 78.

24) Einige Aeltere, z. B. Böhmer, a. a. O. §. 8, ſprechen hier unpaſſender Weiſe von einer bigamia impropria.

25) Vgl. Wächter, Lehrbuch, §. 215, Note 80; Heffter, Lehrbuch, §. 450.

26) Es kann damit auch ein anderes Verbrechen concurriren, z. B. Betrug, wenn die Bigamie in der Abſicht eingegangen war, eigennützige Zwecke damit zu verfolgen. Vgl. Heffter, Lehrbuch, §. 450, Note 4.

27) Vgl. Wächter a. a. O. Note 75, und Abhandlungen, S. 152.

Auslegung wohl unrichtig, da das Mitwiſſen oder die Einwilligung des anderen Gatten oder des Prieſters nur die Wirkung haben kann, dieſe als Theilnehmer an dem Verbrechen erſcheinen zu laſſen, und da das Publicum nicht als eine moraliſche Perſon, welcher ein Recht, nicht getäuſcht zu werden, zuſtände, angeſehen werden kann. In allen Fällen wird zwar mit der Bigamie eine Täuſchung gegen den Staat begangen, indem eine unrechtliche Verbindung unter dem Anſcheine einer rechtlichen eingegangen wird, und deßwegen mögen vielleicht in der Carolina die angegebenen Worte gewählt worden ſein; allein nicht dieſe Täuſchung, ſondern der in jeder Bigamie liegende Mißbrauch der Geſtalt der heiligen Ehe iſt der Grund, aus welchem dieſelbe als ein beſonderes Verbrechen hervorgehoben iſt. Dagegen kann von einer culpoſen Bigamie, bei welcher das Bewußtſein der noch fortbeſtehenden früheren Ehe mangelte, wenigſtens gemeinrechtlich keine Rede ſein[28]).

Außer den angegebenen Erforderniſſen gehört zum Thatbeſtande der Bigamie, daß die zweite Verbindung unter Beobachtung der äußeren Eheformen eingegangen wurde[29]). Hierin liegt das charakteriſtiſche Merkmal, durch welches ſich die Bigamie von dem Ehebruche unterſcheidet. Auch in Beziehung auf dieſen Punkt muß dolus vorhanden ſein, wenn das Verbrechen der Bigamie vorliegen ſoll. Der dolus beſteht hier ebenfalls in dem Bewußtſein, daß die erſte Ehe noch nicht aufgelöſt war zu der Zeit, da die zweite eingegangen werden ſollte. Daher iſt es keine Bigamie, ſondern bloßer Ehebruch, wenn Jemand eine zweite Ehe, welche er in der irrthümlichen Meinung eingegangen hatte, daß ſeine erſte Ehe aufgelöſt ſei, fortſetzt, nachdem er von dem Fortbeſtehen derſelben Kenntniß erhalten hatte[30]). War die Abſicht gar nicht darauf gerichtet, daß die zur Eingehung einer Ehe nöthigen Formen beobachtet werden ſollten, ſo kann auch nicht einmal von einem Verſuche der Bigamie die Rede ſein[31]). Ein Verſuch kann nur vorhanden ſein, wenn es zwar nicht an dieſer Abſicht, wohl aber an der vollkommenen Ausführung derſelben fehlte. Die Anfangsgrenze des Verſuches muß nach den allgemeinen darüber geltenden Grundſätzen beſtimmt werden. Darnach kann nicht eher Verſuch angenommen werden, als bis der Anfang gemacht wurde mit dem Mißbrauche der kirchlichen Handlungen, die zur Eingehung einer Ehe erforderlich ſind. Dieſer Anfang kann aber nicht wohl in einen früheren Moment, als in das Erlaſſen des kirchlichen Aufgebotes geſetzt werden. Die bloße Verlobung eines Ehegatten, ſelbſt wenn er dabei die Abſicht haben ſollte, die zweite Ehe noch bei Lebzeiten des anderen Ehegatten zu vollziehen, ſcheint noch nicht als Verſuch der Bigamie angeſehen werden zu

---

28) Einige Aeltere, z. B. Böhmer a. a. O. §. 3, nehmen auch eine culpoſe Bigamie an, die ſie mitunter auch quasi-bigamia oder bigamia impropria nennen.

29) „In Geſtalt der heiligen Ehe.“ P. G. O. Art. 121.

30) Zwei Fälle dieſer Art finden ſich in Hitzig's Annalen, Bd. 9, Heft 18, S. 334, und Bd. 12, Heft 23, S. 49.

31) Vgl. Wächter, Abhandlungen, S. 150.

dürfen, da darin weder der Anfang eines Ehebruches, noch auch der Anfang des Mißbrauches kirchlicher Handlungen enthalten iſt[32]).

Was die Strafe der Bigamie betrifft, ſo iſt in der Carolina verordnet, daß dieſelbe nicht geringer ſein ſolle, als die Strafe des Ehebruches[33]). Die ältere Praxis ging aber von der Anſicht aus, daß nach dem Sinne der Carolina die Bigamie härter, und in jedem Falle, auch an dem weiblichen Theile, mit dem Tode beſtraft werden müſſe[34]). Um dieſe Härte einigermaßen zu mildern, erkannte ſie dabei eine Menge von Milderungsgründen an, für welche es jedoch an jedem geſetzlichen Anhaltepunkte fehlte[35]). Das führte am Ende dazu, daß bei der Bigamie, wie bei dem Ehebruche gar nicht mehr auf die Todesſtrafe erkannt, ſondern eine arbiträre Strafe an deren Stelle geſetzt wurde. Während in dieſer Weiſe die Praxis auf der einen Seite von der geſetzlichen Strafbeſtimmung abwich, kam ſie auf der anderen Seite der in der Carolina ausgeſprochenen Anſicht, daß die Bigamie ein größeres Verbrechen ſei, als der Ehebruch, wieder näher, indem ſie regelmäßig gegen dieſelbe auf eine härtere Strafe, als gegen den Ehebruch, erkannte. Indeſſen iſt in Anſehung des Strafquantums die gemeinrechtliche Praxis ziemlich ſchwankend. Mehr als zweijährige Zuchthausſtrafe wird wohl gemeinrechtlich nirgends mehr erkannt werden; auch iſt ſchon öfters auf nicht mehr als ſechs- bis zehnmonatliche Arbeitshaus-, Gefängniß- oder Feſtungsſtrafe erkannt worden[36]).

Die neueren Strafgeſetzgebungen nehmen auf die verſchiedenen Modificationen, welche bei dem Verbrechen vorkommen und daſſelbe bald mehr bald minder ſtrafbar erſcheinen laſſen können, größere Rückſicht, als das gemeine Recht. Für einige Fälle der Bigamie iſt auch größere Strafbarkeit angenommen worden, als nach der gemeinrechtlichen Praxis erkannt

32) Vgl. **meine** Abhandlungen, Bd. 1, S. 504 flg. Indeſſen ſind hier Viele anderer Meinung, indem ſie die Verlobung wenigſtens in dem Falle, da die Abſicht darauf ging, dieſelbe noch während des Beſtehens der erſten Ehe durch Eingehung der Ehe und durch Beiſchlaf zu vollziehen, für einen entfernten Verſuch der Bigamie anſehen. Vgl. **Wächter** a. a. O.

33) S. oben Note 6.

34) Vgl. darüber **Wächter**, Lehrbuch, §. 216, Note 82, und Abhandlungen, S. 153.

35) Meiſtens dieſelben Milderungsgründe, welche ſie auch bei dem Ehebruche annahmen; z. B. Verzeihung des beleidigten Gatten, die zwar bei dem Ehebruche, der nach der Carolina nicht von Amtswegen beſtraft wird, die Strafe nicht allein mildert, ſondern gänzlich aufhebt, jedoch bei der Bigamie ſchwerlich Berückſichtigung finden darf; ferner wenn der beleidigte Gatte unfähig zum Beiſchlafe war oder denſelben beharrlich verweigert hatte; ferner wenn der bigamiſche Gatte einen ſtarken Widerwillen gegen den beleidigten hatte, oder wenn die zweite Ehe während einer Trennung von Tiſch und Bette, oder während des Scheidungsprozeſſes eingegangen war. Selbſt in dem Falle ſollte eine Milderung eintreten, da ein Verlobter ſeiner Braut untreu wurde, eine Andere heurathete, und nachher aus Gewiſſenhaftigkeit zu ſeiner früheren Braut zurückkehrte und dieſe heurathete. Auch dadurch wurde die Härte des Strafgeſetzes vielfach umgangen, daß man zur Anwendung der vollen Strafe den Beweis der seminis immissio verlangte.

36) Vgl. darüber **Wächter**, Abhandlungen, S. 154.

zu werden pflegt. Nach dem öſterreichiſchen Geſetzbuche [37]) iſt die Strafe der zweifachen Ehe Kerker von einem Jahre bis zu fünf Jahren. Dabei iſt ausdrücklich anerkannt, daß auch die unverheurathete Perſon, welche wiſſentlich eine bereits verehelichte Perſon heurathet, ſich in gleicher Weiſe des Verbrechens ſchuldig macht, als die verehelichte Perſon, welche wiſſentlich noch eine andere Ehe eingeht. Wenn der Verbrecher der Perſon, mit welcher er die zweite Ehe geſchloſſen, ſeinen Eheſtand verhehlt hat, ſo ſoll er zu ſchwerem Kerker verurtheilt werden. Das preußiſche Landrecht [38]) ſchreibt für die Bigamie ein- bis zweijährige Zuchthausſtrafe vor; demjenigen, der ſich für unverheurathet ausgibt, iſt Zuchthausſtrafe von drei Jahren, und dem Ledigen, der wiſſentlich eine verheurathete Perſon heurathet, von ſechs Monaten bis zu einem Jahre angedroht. Nach dem bayerſchen Geſetzbuche [39]) ſoll der Ehegatte, der bei noch fortdauernder giltiger Ehe mit einer anderen Perſon eine neue Ehe ſchließt, mit Arbeitshaus auf ein bis vier Jahre beſtraft werden, welche Strafe noch durch äußeren Zuſatz geſchärft werden ſoll, wenn beide Theile ſchon verheurathet waren. Wenn der Ehegatte der Perſon, mit welcher die zweite Ehe geſchloſſen worden, ſeinen Eheſtand verhehlt hatte, ſo ſoll er in Arbeitshaus auf vier bis acht Jahre verurtheilt werden. Die ledige Perſon, die ſich mit einer anderen, welche noch in fortdauernder giltiger Ehe lebte, wiſſentlich verheurathet hatte, ſoll mit ſechsmonatlichem bis einjährigem Gefängniſſe beſtraft werden. Nach dem ſächſiſchen Geſetzbuche [40]) ſoll ein bis zweijährige Zuchthausſtrafe eintreten, wenn ein Ehegatte ſich anderweit verehelicht, während er noch in einer Ehe lebte, welche nach geſetzlicher Form vollzogen und durch die zuſtändige Behörde noch nicht für getrennt oder nichtig erklärt worden war. Die ledige Perſon, welche mit einer bereits verheuratheten eine eheliche Verbindung eingeht, ſoll mit drei- bis ſechsmonatlichem Gefängniſſe beſtraft werden. Wenn beide Perſonen, welche ſich des Verbrechens ſchuldig machen, bereits verheurathet waren, ſoll zwei- bis dreijährige Zuchthausſtrafe eintreten. Der Ehemann, der unter dem Vorgeben, daß er unverheurathet ſei, ein Frauenzimmer zu einer ehelichen Verbindung mit ihm verleitet, ſoll mit drei- bis vierjähriger Zuchthausſtrafe belegt werden. In dem württembergiſchen Geſetzbuche [41]) iſt dem Verheuratheten, der ein andere Ehe eingeht unter Verhehlung ſeines Eheſtandes, eine Strafe von drei Jahren Arbeitshaus bis zu acht Jahren Zuchthaus angedroht; fand keine Verhehlung des Eheſtandes ſtatt, ſo ſoll ein- bis dreijährige Arbeitshausſtrafe eintreten. Der Ledige, der ſich wiſſentlich mit einem Verheuratheten verheurathet, ſoll mit Arbeitshaus bis zu zwei Jahren beſtraft werden. Eigenthümlich iſt dem würt-

37) Th. 1, §. 185—187.
38) Th. 2, Tit. 20, §. 1066—1068.
39) Bd. 2, Cap. 6, Art. 297 u. 298; Bd. 3, Cap. 1, Art. 374.
40) Art. 218—221.
41) Art. 304. Nach einer officiellen Anmerkung zum bayerſchen Strafgeſetzbuche kann auch wegen Fahrläſſigkeit beſtraft werden, wer in der Meinung, daß ſeine Ehe aufgelöſt ſei, ſich verheurathete und ſich dabei in einem ſchuldbaren Irrthume befand.

tembergiſchen Geſetzbuche, daß es auch eine culpoſe Bigamie annimmt, indem Gefängnißſtrafe von einem Monate bis zu drei Monaten eintreten ſoll, wenn ein Theil ſich bei Eingehung der Ehe in einem auf Fahrläſſigkeit beruhendem Irrthume über die Fortdauer der erſten Ehe befand.

Luden.

Duell, Zweikampf[1]). Die Geſchichte des Alterthums zeigt uns, daß bei den Völkern der Vorzeit der Zweikampf gewöhnlich war. „Die Geſchichte des Duellweſens iſt ſehr dunkel," läßt ſich mit Roßhirt (Geſchichte und Syſtem des deutſchen Strafrechts, Th. 2, Abth. 1 (Stuttgart 1839), S. 172—117; „Vom Duell") S. 172 ſagen. An Forſchungen fehlt es nicht, ohne daß es bisher gelang, die tiefſten Wurzeln zu ergründen. Die Geſchichte des Mittelalters zeigt uns die denkwürdige Erſcheinung der ſogenannten Gottesurtheile. „War," um mit Grimm: Teutſche Rechtsalterthümer (Gött. 1828), S. 908, zu reden „ein Recht zweifelhaft, ſo konnten Prüfungen angeſtellt werden, durch deren untrüglichen Ausgang die aufgerufene Gottheit ſelbſt als höchſter Richter das Wahre und Rechte verkündete. Sie ruhten auf dem feſteſten Glauben, daß jedesmal der Schuldloſe ſiegen, der Schuldige unterliegen werde. Eine ſolche Entſcheidung war Gottesgericht, Gottesurtheil, dei judicium." Unter den verſchiedenen Arten von Gottesurtheil hebt ſich beſonders, als Anwendung des hergebrachten Kampfrechtes, das Kampfurtheil (Kampfgericht) hervor[2]), wie Grimm, a. a. O. S. 927, zugleich

---

1) Literatur: Grupen, vom kämpflichen Grüßen oder der Herausforderung zum Duell, in deſſen Werk: Teutſche Alterthümer zur Erläuterung des ſächſiſchen und ſchwäbiſchen Landrechtes. Göttingen 1746. — Dreyer, Anmerkung von den ehemaligen gerichtlichen Duellgeſetzen; in deſſen Sammlung vermiſchter Abhandlungen zur Erläuterung der teutſchen Rechte und Alterthümer (Roſtock 1754), Th. 1, S. 139 flg. — Schmid, über die Duelle, eine politiſch-juridiſche Beantwortung der von der Akademie zu Utrecht ausgeſchriebenen Preisfrage. Landshut 1802. — Aſchenbrenner, über das Verbrechen und die Strafe des Zweikampfes. Würzburg und Bamberg 1804. — Neues Archiv des Criminalrechtes, Bd. 3 (Halle 1820), Abhandl. 18, S. 436—452, Abh. 19, S. 453—477; Bd. 8 (1826), Abh. 15, S. 445—469; Bd. 10 (1829), Abh. 9, S. 181—204. Neue Folge, Jahrg. 1834, Abh. 14, S 339—383. — Cucumus, über das Duell und deſſen Stellung im Strafſyſteme. Würzburg 1822. — Türk, Dissertatio historico-iuridica de singulari certamine, vulgo duello, cui est Francogallicarum legum ratio subiecta. Suer. 1823. (Leipziger Literaturzeitung v. J. 1826, S. 1507 flg.) — Verbaere, Dissert. de duellis. Gandae 1825. — Hitzig, Annalen der teutſchen und ausländiſchen Criminalrechtspflege, Bd. 2 (Berlin 1828), S. 315—320. — Paulus, wider die Duellvereine auf Univerſitäten ꝛc. Heidelb. 1828.

2) Maier, Geſchichte der Ordalien, insbeſondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Teutſchland. Jena 1795. Buchner, das öffentliche Gerichtsverfahren (Erlangen 1825), S. 64 flg. Pfeffinger, Corpus iuris publ. tom. I. (Francof. 1754) p. 45 sq. — Solche gerichtliche Zweikämpfe ſind noch jetzt bei verſchiedenen Völkern gewöhnlich. Vor Kurzem hatte ein ſolcher Kampf (als Ehrenduell) in Kaukaſien ſtatt. Noch im Jahre 1804 bat ein Freiherr von Linſingen den Reichstag, den Kurfürſten von Heſſen anzuhalten: ſeine ungegründeten Praetentiones auf Jesberg coram iudicio dei mit der Spitze des

ſeine Anſicht über den Urſprung des Duells ausſprechend, ſagt: „unter allen das berühmteſte, häufigſte und edelſte, bis heute fortdauernd in dem Zweikampfe, der zwar weder von den Gerichten gefordert wird, noch rechtliche Folgen hat, nach dem Volksglauben aber in gewiſſen Fällen die ſtets beſte und letzte Entſcheidung gewährt.“ Neben dieſem zum Beweiſe dienenden gerichtlichen Zweikampfe nährte das überhaupt herrſchende Kampfrecht der Freien, als Fehderecht, die Sitte des Zweikampfes auch außerhalb der Schranken des Gerichts [3]). Die im Mittelalter herrſchend gewordenen germaniſchen Begriffe von Ehre nährten, wenn es auf ſie ankam, die Neigung, die Entſcheidung durch den Richter auszuſchließen; die Ehre wurde als etwas rein Perſönliches angeſehen, das ſich fremder Beurtheilung entziehen, und worüber der Freie keinen andern Richter anerkennen dürfe, als ſich ſelbſt [4]).

Die Zweikämpfe der Kampfgerichte erloſchen nach und nach, zuletzt in dem unter dem „letzten Ritter,“ dem Kaiſer Max I. errichteten ewigen Landfrieden und der Niederſetzung ſtehender Gerichte [5]), während die in den fortwährend herrſchenden Begriffen von Ehre wurzelnde Sitte der außergerichtlichen Ehrenzweikämpfe ſich aufrecht erhielt. Vergebens kämpfte gegen ſie die Macht der Kirche, die ſchon früh (in einzelnen Verboten) ſich wider die Gottesurtheile, beſonders die gerichtlichen Zweikämpfe erklärt hatte [6]); vergebens ſchleuderte Papſt Julius II. im Jahre 1509 ſeinen Bannſtrahl; fruchtlos waren die Bemühungen der ſpäteren Päpſte, die Erlaſſe von Leo X., Clemens VII., Pius IV., Gregor XIII. und Clemens VIII.; fruchtlos verdammte die berühmte Kirchenverſammlung in Trident, welche Duellanten und Secundanten in Bann that, ihnen das chriſtliche Begräbniß verſagte und ſie mit Vermögensconfiscation und der Strafe des Todtſchlages verfolgt wiſſen wollte, die eingewurzelte Sitte als ein Werk des Teufels: **Detestabilis duellorum usus, fabricante diabolo introductus, ut cruenta corporum morte animarum etiam perniciem lucretur** [7]). Obgleich im ſechszehnten Jahrhunderte das Ritterthum thatſächlich in einer neuen Kriegsordnung erloſch, ſo gehörten doch die Anführer des Kriegsvolkes, der Landes= und

---

Degens auf den Tod wider ihn verfechten zu laſſen. Häberlin, Staatsarchiv, Bd. 12 (Helmſt. 1804), S. 87—96.

3) Roßhirt a. a. O. Th. 1 (1838), S. 27. Henke, Handbuch des Criminalrechtes und der Criminalpolitik, Th. 3 (Berlin 1830), S. 600.

4) Vollgraff a. a. O. S. 184 flg.

5) Quiſtorp, Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechtes, Th. 1 (Roſtock und Leipzig 1794), §. 338, S. 507.

6) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren (3. Auflage, Heidelberg 1839), Th. 1, S. 59.

7) Eben ſo eifrig ſind gleichzeitige Schriftſteller, beſonders katholiſche. So ſagt z. B. Damhouder, prax. cr.: **Verum quum isthaec duelli conflictatio recte pugnet cum omnibus divinis, humanis, naturaeque legibus et belluina potius sit furia, quam humana insania etc.** Gab ja noch ein ſpäterer Schriftſteller, Pfeffinger (Corp. iur. publ., tom. III. p. 1252) vom Duell folgende Definition: **Definiri potest duellum privatorum, quod sit detestabile vindictae genus, quo contra sanam rationem, divinasque pariter et humanas leges iratus in iratum ius vitae et necis sibi vindicat etc.**

Soldknechte, gewöhnlich den Ritterfamilien an, und ſie, die immer noch ſelbſt in ihrem Aeußeren, Harniſch und Helm, als Ritter galten, vindicirten ſich für ihre Ehrenhändel das Kampfrecht ihrer Vorfahren. Glaubte ja König Franz I. von Frankreich als gekrönter Ritter ſich aufgefordert, den die Kaiſerkrone tragenden Ritter Karl V. (deſſen Carolina vom Duell ſchweigt) zum Kampfe zu fordern, und dieſer ſich gedrungen, den Fehdehandſchuh aufzunehmen. (Zum Zweikampf ſelbſt kam es nicht.) **Sleidanus**, de statu religionis, lib. 6. p. 95. **Pfeffinger** l. c. tom I. p. 727 [8]).

Die Zeit des in den Waffen ſtehenden ſiebenzehnten Jahrhunderts zeigt uns in ihrer Rohheit die Sitten der Waffentragenden, ihre Zwiſte bei Trunk und Spiel durch Zweikampf, gewöhnlich durch Kugelwechſeln auszufechten [9]). Forderten ſich ja noch gekrönte Häupter zum Zweikampfe heraus, indem z. B. im Jahre 1611 Karl IX. von Schweden den König Chriſtian IV. von Dänemark forderte, obwohl ohne Erfolg, da dieſer das Duell unter dem Vorwande ablehnte, daß ſein Gegner ein Schwächling ſei. Vergeblich bedrohte deſſen großer Sohn, Guſtav Adolph, den Zweikampf mit dem Tode, vergeblich ließ er dieſe Strafe vollziehen; baten ihn ja ſelbſt zwei ſeiner Generale, alſo Männer, die berufen waren, die Kriegszucht aufrecht erhalten zu helfen, die er in der Sitte des Duells gefährdet ſah, um die Erlaubniß, ſich duelliren zu dürfen. Die Sitte war mächtiger als das Verbot, an das endlich auch die Reichsgeſetzgebung dachte. Unterm 19. September 1668 beſtätigte der Kaiſer das Reichsgutachten [10]), das darauf berechnet iſt, „im heil. röm. Reiche dem hochſchädlichen Duelliren, Balgen und Kugelwechſeln zu begegnen," und aus der Ueberzeugung hervorging, daß „zu nachdrücklicher Abſtellung ſolchen allzuweit eingeriſſenen unchriſtlichen Beginnens eine durchgehends ernſtliche Verordnung vonnöthen, damit aller Vorwand, Anlaß und Urſach zu dergleichen Exceſſen benommen und das frevelmüthige Schmähen und Injuriren als der Urſprung ſolchen Unheils verhütet werde, oder, da dawider gehandelt würde, dem Beleidigten ſchleunige billigmäßige Satisfaction widerfahren möchte." Wir finden verordnet, daß „alle Duella und Balgereien zu Roß und Fuß — ohne Unterſchied der Perſonen, wes Standes, Würden oder Weſens die ſeien — bei Strafen ſollen verboten ſein, alſo, daß (außer der rechtlichen Nothwehr) männiglich ſich nicht allein aller gewaffneten Handanlegung, ſondern auch aller Ausforderung zu Duellen und Balgen, der Ausgeforderte aber aller Erſcheinung und die geſuchten Beiſtände alles Raths und Thathandlung, Beiwohnung, Vorſchubes und Beiſtandes enthalten ſollen." Wir finden weiter verordnet, daß die Obrigkeit, welche „um alles menſchliche Blut, ſo durch Convenienz unzeitig vergoſſen, Rechenſchaft zu geben ſchuldig," gehalten ſei, „ſobald ſie von einigem angeſtellten Kampf Nachricht erhal-

8) Anderer Beiſpiele der Art gedenkt Dithmar, S. 251 flg.
9) Roßhirt a. a. O. (Geſch.) S. 174.
10) Senkenberg, Sammlung der Reichsabſchiede, Th. 4 (Frankf. 1747), S. 55—58.

ten, den Balgern und ihren Secunden ſolchen bei Verluſt Leib- und Lebens nicht allein zu verbieten, ſondern auch ſolches ſträfliche Vorhaben durch Verhaftung ihrer Perſonen und ſonſt durch alle mögliche Wege und Mittel zu verhindern." Ferner wird den Wirthen und „Hausvätern, in deren Häuſern bei Mahl- oder Hochzeiten oder anderen Zuſammenkünften, ſich einige Zänkereien erregen, bei Strafe auferlegt, daß ſie nicht allein die Intereſſirten zu Fried bringen, ſondern auch auf Verſpüren, daß es zu wirklichem Duell kommen dürfte, ſolches der Obrigkeit anzeigen, damit dem Provocanti und Provocato alsbald Einhalt geſchehen möge." Auch ſoll „auf die Friedensſtörer, Aufwiegler, Haderer und Tumultuirer" Acht gegeben und Alles, was auf Duell hindeutet, der Obrigkeit zur Einſchreitung angezeigt werden. „Sollte ſich aber jemand, ſolchen Verbots unerachtet, unterſtehen, einen andern auszufordern, ſo ſoll er blos darum, wenn gleich das Balgen oder Kugelwechſeln darauf nicht erfolgte, noch viel mehr aber, wenn er den Kampf und Duell mit ſeinem Gegenpart, wiewohl ohne Entleibung ausübt, ipso facto ſeiner Ehren entſetzt und nach Befund mit Landesverweiſung, ja auch mit Leib- und Lebensſtrafe belegt" werden. Gleiche Strafe ſoll den erſcheinenden Ausgeforderten treffen. Noch ſchwerer ſollen die „Secunden" beſtraft werden, wenn ſie ſich ſchlagen, ferner die, „welche ſich zum Ausfordern und Cartelltragen öffentlich brauchen laſſen, oder mit Verhelfung Pferde, Waffen oder ſonſten mit Rath und That ſich des Werks theilhaftig gemacht, endlich die, welche einen, der ausgefordert worden, aber nicht erſchienen iſt, wegen ſeines Nichterſcheinens ſchelten und ſolches ſchimpflich vorwerfen." Auch die ſollen beſtraft werden „welche die vermerkte Provocationes nicht alſogleich der Obrigkeit angezeigt," oder zu verhindernde Duelle nicht verhindert haben, ſowie die, „welche durch ihre Beiwohnung und Concurrenz die Duellanten in ihrem Vorhaben" mehr beſtärken, als davon abziehen. Iſt „eine Entleibung erfolgt, ſo ſoll die ordentliche Strafe des Todtſchlags wider den Thäter, ohne Unterſchied, ob derſelbe gefordert hat, oder ausgefordert worden, er ſei Beleidiger, oder Beleidigter, erkannt und vollſtreckt werden, den Balgern aber, welche im Duell todt bleiben, kein Begräbniß in Kirchen oder Freihöfen geſtattet werden. Hat das Duell, obwohl innerhalb Teutſchlands, doch in einem fremden Gebiet ſtattgefunden, oder iſt dieſes als Zuflucht aufgeſucht worden, ſo ſoll der Schuldige dem zuſtändigen Richter auf Verlangen ausgeliefert werden; hat er das Reichsgebiet verlaſſen, ſo ſoll in contumaciam gegen ihn verfahren werden. Um ihm die Ergreifung der Flucht zu erſchweren, ſoll das Hingeben von Pferden oder ſonſtiger Mittel bei Strafe unterſagt ſein. Am Schluſſe wird das Duelliren auf Hochſchulen in's Auge gefaßt. Die Reichsſtände hätten darauf hingewieſen, „daß die Studenten ſich um einer liederlichen Urſach wegen mit einander balgen und ſchlagen, alſo, daß mancher entweder in der beſten blühenden Jugend unzeitig um das Leben kommt, oder mit der Eltern höchſten Betrübniß an Gliedern ſo weit zu Schanden gemacht und übel zugericht wird, daß er ſeiner Tage ein elender Menſch — ſein muß;" daher laſſe der Kaiſer ſich gefallen, „daß künftiger Reichsordnung specialiter auch einverleibt werde, daß Churfürſten

und Stände, welche über gemeldte Univerſitäten zu gebieten haben, nach Anleitung beſagter Reichsordnung gleichfalls ſolche Vorſehung thun wollen, daß auch daſelbſt unter den Studenten in allem Ausfordern und Balgen im Ernſt und gute Disciplin erhalten und der Unſchuldige vor Gewalt und Thätlichkeiten geſchützt werde."

Bald darauf begannen die einzelnen Reichsfürſten das Duell durch Verordnungen (Mandate) zu verpönen. Zu den erſten Erſcheinungen dieſer Art gehört das brandenburgiſche Duelledict vom Jahre 1688, das terroriſtiſch den Zweikampf mit der Todesſtrafe des Stranges bedroht, auch für den Fall der Nichtverwundung [11]. Das achtzehnte Jahrhundert iſt fruchtbar an Duellmandaten. Auch die Codification der Neuzeit beurkundet die Anſicht des Geſetzgebers, daß das Duell mit Strafe zu verfolgen ſei.

Ueberblicken wir hinſichtlich der Frage, ob (und wie) das poſitive Geſetz das Duell, welches man ſcheidet in Duell im engſten Sinne (duellum praemeditatum), den nach vorausgegangener Verabredung ſtattgehabten Zweikampf, und in den Rencontre, den durch wechſelſeitigen unverabredeten Angriff entſtandenen Zweikampf, verpönt, Teutſchland, ſo finden wir mehrere Gruppirungen. Die eine Gruppe bildet Preußen, Oeſterreich, Sachſen und Württemberg in der Wahrnehmung, daß dort (in Preußen mit Ausnahme der Beſitzungen, wo noch jetzt das franzöſiſche Strafgeſetzbuch herrſcht) das Duell als Vergehen erſcheint und zwar in Gemäßheit des dort geltenden Strafgeſetzbuchs.

In Preußen wurde ſchon im Jahre 1652 das Duell verboten, und im Jahre 1688 erließ Kurfürſt Friedrich III. das ſchon erwähnte überſtrenge Duelledict, das auch dadurch abſchrecken ſollte, daß geboten ward: der Leichnam des im Duell gebliebenen Adeligen ſolle durch die Hand des Henkers an einem unehrlichen Ort eingeſcharrt, der des Bürgerlichen durch denſelben aufgehängt werden. (Preußiſches Landrecht, Th. 2, Tit. 20. Strafgeſetzbuch, Abſchnitt 10.) — Eine Verordnung vom 4. October 1800 gebietet, die in Duellſachen abgefaßten Erkenntniſſe mit Beſchluß der Acten an das Juſtizminiſterium zur Beſtätigung einzuſenden. Henke, Handbuch a. a. O. S. 611. 612. In Gemäßheit des §. 686 des Geſetzbuchs beſteht hinſichtlich der Duelle unter Militärperſonen eine beſondere Geſetzgebung. Die Grundlage der herrſchenden Legislation ſind die Kriegsartikel vom 3. Auguſt 1808 [12]. — Nach dem Reglement vom 28. December 1810, wegen Einrichtung der akademiſchen Gerichtsbarkeit [13], ſollen Duelle der Studenten unter ſich blos disciplinariſch beſtraft werden, wenn dadurch keine Tödtung, bedeutende Verwundung oder Verſtümmelung herbeigeführt wurde [14].

---

11) Nicht viel milder iſt ein vor drei Jahren gegen das Duell erlaſſenes Geſetz, das neapolitaniſche Geſetz vom 21. Juli 1838, das Mittermaier, S. 71—74 des 11. Bandes der Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung des Auslandes (Heidelberg 1839) mitgetheilt hat.

12) Buddeus, in Erſch u. Gruber Encyklop. S. 173.

13) Henke a. a. O. S. 612.

14) Vergl. noch Klein, Annalen, Bd. 15 (Berlin 1797), S. 336—355;

In den öſterreichiſchen Staaten waren ſchon im ſiebenzehnten Jahrhundert die Duelle Gegenſtand der Strafgeſetzgebung (Verordnungen der Jahre 1651 und 1682). Die Geſetzgebung des achtzehnten Jahrhunderts verfolgte dieſe Richtung durch Verordnungen. Das im Jahre 1803 in Wirkſamkeit getretene Geſetzbuch des Kaiſers Franz [15]) bedroht (Cap. 20) den, der zum Duell mit tödtlichen Waffen herausfordert, und ſeinen dazu erſchienenen Gegner mit Kerker von einem Jahre bis zu fünf Jahren, eine Strafe, welche auf fünf bis zehn Jahre ſteigt, wenn Verwundung, und zehn bis zwanzig Jahre erreicht, wenn Tödtung die Folge war, unter Feſthaltung des Grundſatzes, daß der Ausforderer ſtrenger beſtraft wird, als ſein Gegner. Auch die, welche zur Herausforderung oder deren Annahme, wenn auch nur durch das Drohen mit Verachtung im Falle der Ablehnung, beitragen, ſowie die Secundanten ſollen nach dem Erfolg mit Kerkerſtrafe bis zu fünf Jahren beſtraft werden.

Im Kurfürſtenthum Sachſen wurde ſchon im ſechszehnten Jahrhundert das Duell, als ſehr überhandnehmend, Gegenſtand des Strafgeſetzes. Kurfürſt Auguſt verordnete in einer ſeiner Conſtitutionen (vom 21. April 1572), daß der, welcher mit ehrenrührigen und beſchwerlichen Worten herausfordere, wenn auch kein Nachtheil erwachſen, mit Geld und Gefängniß, ſogar mit Landesverweiſung beſtraft werden ſolle. Während des ſiebenzehnten Jahrhunderts wurden ſtrenge und näher eingehende Mandate erlaſſen. Zu Anfang des achtzehnten Jahrhunderts erließ König und Kurfürſt Friedrich Auguſt das „Mandat wider die Selbſtrache, Friedensſtörungen und Duelle" vom 15. April 1706, deſſen Gebote, in Verbindung mit dem Inhalte der erläuternden Mandate der Jahre 1712, 1721 und 1737, bis in die neueſte Zeit die herrſchende Geſetzgebung darſtellten. Die „Geſetze über die Studirenden auf der Univerſität Leipzig vom 29. März 1822" brachten auch Vorſchriften hinſichtlich der Duelle unter denſelben; ſie wurden auch in dieſer Beziehung durch die im Jahre 1835 unter gleicher Benennung erlaſſenen Geſetze mehrfach modificirt [16]). — Die verſchiedenen Entwürfe eines Strafgeſetzbuches für das Königreich Sachſen ſchlugen die Verpönung des Duells vor [17]), welches auch in dem neuen Criminalgeſetzbuche (Cap. 10), indem es mit Selbſthilfe zuſammengeſtellt wird, mit Strafe verfolgt erſcheint. Unter Adoption des Grundſatzes, daß der Theil, welcher durch die Natur der Beleidigung oder durch leichtſinnige oder boshafte Herausforderung

---

„Allgemeine Geſetze für alle königlich preußiſchen Univerſitäten" (vom 23. Febr. 1796), beſ. S. 339—342.

15) Aſchenbrenner a. a. O. Buddeus a. a. O. Henke, Handbuch a. a. O. S. 612.

16) S. überhaupt Buddeus a. a. O. S. 175, 176, wo der Verf. ins Einzelne geht.

17) S. beſonders über den neueſten (Stübel'ſchen) Entwurf Henke a. a. O. (Handbuch) S. 613, 614; Mittermaier, über den neueſten Zuſtand der Criminalgeſetzgebung in Teutſchland. Mit Prüfung der neuen Entwürfe für die Königreiche Hannover und Sachſen (Heidelberg 1825), S. 58. Neues Archiv des Criminalrechtes, Bd. 8, S. 448, 449.

das Duell veranlaßt hat, die ſchwerere Strafe erleiden ſoll, bedroht es die bloße Herausforderung und Annahme derſelben mit Gefängniß von einem Monat bis zu einem Jahr. Erfolgte der Tod und war das Duell auf Leben und Tod verabredet, ſo ſoll Gefängniß von fünf bis zwanzig Jahren, ohne dieſe Abrede Gefängniß von drei bis ſechs Jahren die Strafe ſein. Secundanten und Zeugen werden mit Gefängniß bis zu 8 Wochen beſtraft, eine Strafe, welche bis zu ſechs Monaten ſteigt, war die Verabredung auf Leben und Tod gerichtet. Wird ein ſolches Duell durch ihre Bemühungen verhindert, ſo tritt Strafloſigkeit ein.

Für *Württemberg* erließ *Eberhard Ludwig* im Jahre 1714 ein ſehr ſtrenges Edict wegen Beſtrafung der Duelle[18]. Das neue Strafgeſetzbuch v. J. 1839 handelt in einem beſonderen Capitel (Art. 200—205) „von der Selbſthilfe und dem Zweikampf“[19].

Die *zweite* Gruppe bilden die teutſchen Staaten, in welchen das Duell gleichfalls verpönt erſcheint, aber durch (größtentheils ältere) *Particulargeſetze*, da es noch zu keinem Strafgeſetzbuche gekommen iſt. — *Mecklenburg*. — *Holſtein*. — *Braunſchweig*. — *Kurheſſen*. — *Die ſächſiſchen Staaten Erneſtiniſcher Linie*. — *Waldeck*. — Das *Reußiſche*. — *Hamburg*. — *Lübeck*.

Im *Mecklenburgiſchen* iſt durch eine Reihe von Vorſchriften (Interims-Polizei-Ordnung v. J. 1661, Conſtitutionen von 1715, 1716, 1737 und 1750, Duellmandate von 1715 und 1750) alles Duelliren bei Leib- und Lebensſtrafen, bei Verluſt des Vermögens und bei Strafe des unehrlichen Begräbniſſes verboten. Jeder ſoll ihm bekannt gewordene Duelle anzeigen; im Fall der Flucht ſoll auf Vollziehung der Strafe im Bildniß erkannt werden können. *Quiſtorp*, Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechts (5. Auflage, Roſtock 1794), Th. 1, §. 339, S. 508 Note. *Richter*, Handbuch des mecklenburgiſchen Criminalprozeſſes, S. 134.

Ueber die Geſetzgebung in *Holſtein* (und *Schleswig*) finden wir eine Beurkundung[20] in einer Mittheilung des 13. Bandes von *Hitzig's* Annalen der teutſchen und ausländiſchen Criminalrechtspflege (Berl. 1832), S. 3—35: „v. *Schirach*, die *ſchleswig-holſteiniſchen Criminalgeſetze*.“ Für *Holſtein* iſt eine Verordnung vom 14. September 1835 wegen Beſtrafung des Duells erſchienen.

---

18) *Gerſtlacher*, Sammlung aller einzeln ergangenen württembergiſchen Geſetze und anderer Normalien, Th. 2 (1760), S. 122. *Hochſtätter*, Extract der württembergiſchen Generalreſcripte, Th. 2 (1743), S. 219 flg. *Wächter*, Lehrbuch des römiſch-teutſchen Strafrechtes, Th. 2 (Stuttgart 1826), S. 59. *Buddeus* a. a. O. S. 178.

19) Strafgeſetzbuch für das Königreich Württemberg. Nebſt dem Einführungs- und Competenzgeſetz, einem Sachregiſter und anderen Beilagen (Stuttg. 1839), S. 65, 66; ſ. auch noch *Abegg*, Beiträge zur Kritik des Entwurfes eines Strafgeſetzbuches für das Königreich Württemberg vom J. 1835 (Supplementheft zu Schunck's Jahrb. der geſ. teutſchen jur. Literatur, Bd. 27) (Neuſt. a. d. O. 1836), S. 61—63.

20) S. auch *Schirach*, Handbuch des ſchleswig-holſteiniſchen Criminalrechtes und Prozeſſes, Th. 1 (Altona 1828), S. 240 flg.

Für das Herzogthum Braunſchweig wurde ſchon im Jahre 1646 [21]) eine das Duell verpönende Ordnung erlaſſen, welcher ſpätere Strafedicte folgten, die namentlich auch in ſo fern große Strenge zeigten, als ſie (im Einklang mit den erlaſſenen Kriegsartikeln) im Falle des tödtlichen Ausganges die Todesſtrafe eintreten zu laſſen geboten, was die Praxis nicht ſelten in Verlegenheit ſetzte. Das beabſichtigſte Strafgeſetzbuch [22]) ſoll ſich den von milderen Anſichten beherrſchten neuen Criminalgeſetzbüchern auch in Bezug auf Beſtrafung des Duells anſchließen.

In Kurheſſen hat, in ſtrengem Gegenſatze, gerade in neueſter Zeit die Geſetzgebung ſich entſchloſſen, das Duell mit großer Strenge zu verpönen. Verordnung vom 11. Januar 1830.

Für die ſächſiſchen Fürſtenthümer Erneſtiniſcher Linie wurden im ſiebzehnten und achtzehnten Jahrhundert Verordnungen gegen das Duelliren erlaſſen. Im Jahre 1708 vereinigte man ſich zu einem, beſonders für die gemeinſchaftliche Univerſität Jena berechneten, Duellmandat im Geiſte der zum Muſter dienenden kurſächſiſchen Geſetzgebung [23]). In neuerer Zeit ſtellten die Stände des Herzogthums Gotha einen Antrag auf ein zeitgemäßes Geſetz wegen Beſtrafung des Duells, der die eigene Erſcheinung zur Folge hatte, daß die Gerichte die Weiſung erhielten, nicht mehr die veralteten Particulargeſetzgebungen, ſondern das gemeine Strafrecht als Norm anzuſehen. Das „Militärſtrafgeſetzbuch für die Herzogthümer Koburg und Gotha, ingleichen das Fürſtenthum Lichtenberg" vom 12. Februar 1832 beſchränkt ſich darauf, im §. 174 zu ſagen: „Duelle werden nach den bürgerlichen Geſetzen beſtraft" (S. 62). In Adoption des Strafgeſetzbuches für das Königreich Sachſen herrſcht daſſelbe auch in Bezug auf die Beſtrafung des Duells über das Großherzogthum Sachſen-Weimar-Eiſenach.

Im Waldeckſchen beſteht eine im Jahre 1724 erlaſſene, das Duell verpönende Verordnung. Für das Reußiſche wurden in den Jahren 1618, 1702, 1704 und 1708 ſtrenge Mandate erlaſſen. Gleiches gilt von den Städten Hamburg und Lübeck (Edicte von 1704 und 1720).

Die dritte Gruppe bilden die teutſchen Staaten, in denen, während ſie von keiner umfaſſenden Strafgeſetzgebung beherrſcht werden, auch durch kein Particulargeſetz das Duell verpönt erſcheint. In ihnen machte ſich daher die Frage praktiſch geltend, ob das gemeine Criminalrecht das Duell mit Strafe verfolge?

Es iſt ſchon hinreichend und mehr als hinreichend gezeigt worden, daß ſich aus dem römiſchen Rechte die Strafbarkeit des Duells nicht

---

21) Noch im Jahre 1579 traf Herzog Julius in den von ihm ertheilten Privilegien für die neuerbaute Heinrichsſtadt beſondere Vorkehrungen für Duelle; wer gehörig „gefürdert wird, ſolle nüchtern bei Verletzung ſeiner Ehre kommen."

22) Nach neueſten Nachrichten hat daſſelbe, in Folge der Vereinbarung mit den Landſtänden, ſeit dem 1. Oct. 1840 Geſetzeskraft erlangt.

23) Buddeus a. a. O. S. 176, wo der Verfaſſer den weſentlichen Inhalt des Mandates mitgetheilt hat.

herleiten läßt, daß man namentlich die römiſchen Strafſanctionen wider das Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis) nicht heranziehen kann, da das Duell ſich dem Begriffe deſſelben entzieht [24]. Das canoniſche Recht beſchränkt ſich auf Disciplinarvorſchriften für die Geiſtlichen [25], die C.C.C. ſchweigt. Hiernach könnte, da auch der Geſichtspunkt der Strafbarkeit des Duells als unerlaubte Selbſthilfe ſich nicht feſthalten läßt [26], nur jenes vom Kaiſer beſtätigte Reichsgutachten v. J. 1668 als gemeinrechtliches Strafgeſetz erſcheinen. Allein es iſt eben die Frage, ob es als publicirt und ſo als ein ins Leben getretenes Reichsgeſetz zu betrachten iſt? Einige Rechtslehrer, z. B. Jarke, Handbuch des gemeinen teutſchen Strafrechts, Bd. 1 (Berl. 1827), S. 226, bejahen die Frage, während die meiſten neueren Criminaliſten ſie verneinen. „Der Streit kann,“ um mit Mittermaier a. a. O. (Archiv. Neue Folge, Jahrg. 1835, S. 340) zu reden „noch nicht als entſchieden betrachtet werden; einige Auctoritäten ſind dabei gänzlich unberückſichtigt geblieben. Ein Schriftſteller, deſſen Schrift über die Duelle bald nach jenem Reichsſchluſſe erſchien (Buchelius, de duellis, Lubec. 1670, cap. 83), ſpricht von jenem Reichsduellgeſetz als von der universalis Germaniae constitutio, und eine Duellordnung des Pfalzgrafen Johann Wilhelm vom 11. Mai 1692 für Jülich, Kleve u. ſ. w. (in Scotti, Sammlung der Geſetze und Verordnungen, welche in den ehemaligen Herzogthümern Jülich, Kleve u. ſ. w. ergangen ſind, Th. 1, S. 208) erklärt: „Wir laſſen es zwar bei demjenigen, was dieſerhalben auf dem Reichstage zu Regensburg am 19. September 1668 reſolvirt und von Ihro Kaiſerl. Majeſtät verordnet und publicirt worden iſt.“ Es ſcheint in dieſer Erklärung ein Zeugniß der geſchehenen kaiſerlichen Publication des Geſetzes zu liegen, allein der Reichsſchluß von 1668 ſcheint

---

24) Henke, Handbuch a. a. O. S. 599. Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Criminalrechtes mit Rückſicht auf die nicht excluſiven Landrechte (Halle 1833), §. 371, Note 1, S. 393: „Das römiſche Recht kennt die Duelle nicht. Als Selbſthilfe oder Vergewaltigung kann man ſie nicht anſehen, quia nulla vis est in volentem.“ Mittermaier, in dem genannten Beitrage zum Jahrgang 1835, der neuen Folge des Archives des Criminalrechtes, §. 1: „Von dem Duelle nach dem gemeinen teutſchen Rechte,“ S. 339 flg. (S. 341 flg. unterſucht der Verfaſſer die von ihm gegen Welcker verneinte Frage, ob das gemeine, beſonders das römiſche Recht die Strafloſigkeit des Duells ausſpreche). Derſ., in der von ihm veranſtalteten 13. Auflage von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechtes (Gießen 1840), §. 190, Note 1 des Herausg. S. 279.

25) Heffter a. a. O.

26) Welcker, im Gange ſeiner Betrachtung der Schrift: Gutachten der Immediat-Juſtiz-Commiſſion ꝛc., im zweiten Semeſter der heidelberger Jahrbücher der Literatur vom J. 1818, Nr. 50—52, S. 785—822, S. 815. Mittermaier, im Jahrgang 1835 des Archivs des Criminalrechtes, S. 343, wo der Verfaſſer hervorhebt, daß man gemeinrechtlich auch nicht zur öffentlichen Beſtrafung, ſondern nur zur Anwendung der römiſchen Privatſtrafe käme. Wächter, Lehrbuch, Th. 2, S. 57. Heffter, Lehrbuch, §. 371. Vollgraff a. a. O., S. 199 flg. Henke, Handbuch, Bd. 3, §. 176, S. 302; §. 202, S. 598.

das Schickſal ſo mancher Reichsſchlüſſe gehabt zu haben, daß nämlich die kaiſerliche Publication nicht erfolgte, einzelne Reichsſtände aber den Reichsſchluß in ihren Ländern publicirten, oder mit Beziehung darauf Duellgeſetze erließen. Gegen die Annahme der kaiſerlichen Publication ſcheint die Erinnerung der Reichsſtände von 1680 (Großbecher, Sammlung der Reichsgeſetze, Bd. 9, S. 1221) zu ſprechen."

Zu den teutſchen Staaten, für welche dieſe Streitfrage [27]) bisher von praktiſchem Gewicht war, gehört das Königreich Hannover und die Großherzogthümer Baden und Heſſen. Da aber dieſe drei Staaten ſich bald einer umfaſſenden Strafgeſetzgebung zu erfreuen haben werden, ſo wird die Controverſe damit ihre Bedeutung verlieren.

Im Königreiche Hannover herrſchte bisher kein allgemeines Landesſtrafgeſetz zur Verpönung des Duells.

Im Großherzogthum Baden war gleichfalls das Duell bisher durch kein allgemeines Landesgeſetz verpönt. Nur die akademiſchen Geſetze für die hohen Schulen in Freiburg und Heidelberg, die im Jahre 1832 erlaſſen wurden [28]), bedrohen das Duelliren der Studirenden mit Strafe.

Auch im Großherzogthum Heſſen beſtand bisher kein allgemeines Landesgeſetz zur Verpönung des Duells, die Gerichte hielten ſich aber veranlaßt, anzunehmen, daß es als gemeinrechtlich ſtrafbar erſcheine. Das Militärſtrafgeſetzbuch vom J. 1822 beſchränkt ſich darauf, im Art. 154 zu ſagen: „Duelle werden nach den bürgerlichen Geſetzen beſtraft." Gewiſſermaßen als ein Commentar dieſes Artikels erſcheint eine Ordre des Regenten vom 28. December 1836, „Ehrenſachen und Duelle der Officiere betr. [29])." — Die Verordnung vom 28. April 1835, „die Disciplinarſtatuten der Univerſität Gießen betr. [30])" handelt in einem beſonderen Abſchnitte „von dem Duell insbeſondere" in vielen Artikeln (Art. 62—78). Sie verfolgt auch den Verſuch, die Herausforderung, mit Strafe.

Die vierte und letzte Gruppe bilden die teutſchen Territorien, welche von einem das Duell mit Stillſchweigen übergehenden Strafgeſetzbuch beherrſcht werden, — das Königreich Bayern und die teutſchen Staatsgebiete auf der linken Seite des Rheins.

Da in Bayern die neuen Entwürfe zu keinem Reſultate führten und ſo noch immer das Strafgeſetzbuch v. J. 1813 herrſcht, ſo iſt, bei dem Zweifel darüber, was Norm iſt, die Praxis in großer Verlegenheit, in der ſie ſich, jene Anmerkungen zum Geſetzbuche [31]) darum ignorirend, weil

---

27) Vergl. über ſie noch Roßhirt, Geſchichte ꝛc., Th. 2, Abth. 1, S. 176, 177

28) Buddeus a. a. O. S. 179, wo der Verf. den weſentlichen Inhalt mitgetheilt hat.

29) Verordnungsblatt des großherzoglich heſſ. Kriegsminiſteriums, Heft 7 (Darmſtadt 1839), Nr. 183.

30) Großherzoglich heſſ. Regierungsblatt vom J. 1835, Nr. 25, S. 224 — 256.

31) S. hierüber den Beitrag zum Jahrg. 1828 der allgem. jur. Zeit. von 1828, Nr. 79: Kann das Duell ꝛc.

ſie keine Geſetzeskraft hätten, nur zur Erläuterung des Codex dienten, entſchloſſen hat, die Beſtimmungen des Strafgeſetzbuches über Tödtung und Verwundung anzuwenden und das Duell dann zu beſtrafen, wenn daſſelbe dieſen Erfolg hatte.

In den teutſchen Staatsgebieten auf dem linken Ufer des Rheins — Rheinpreußen, Rheinbaiern (Pfalz), Rheinheſſen ꝛc. herrſcht bekanntlich das im Jahr 1810 erlaſſene franzöſiſche Strafgeſetzbuch, und dieſes beobachtet hinſichtlich des Duells daſſelbe Stillſchweigen, wie der bayriſche Codex.

Bopp.

Duplik. Unter dem Worte duplicatio wird in dem römiſchen Prozeßrechte die Schutzeinwendung verſtanden, welche der Verklagte einer Replication des Klägers, der exceptionis exceptio, gegenüberſetzt [1]). Dagegen bezeichnet der heutige Sprachgebrauch als Duplik überhaupt die letzte Schrift des erſten Verfahrens, in welcher der Verklagte ſich auf den Replikſatz des Klägers erklärt, und theils eigentliche Dupliken vorbringt, theils ſeine erſte Vertheidigung gegen die in der Replikſchrift enthaltenen rechtlichen Deductionen zu ſchützen ſucht. In dieſem Sinne hatte die Duplik in dem älteren teutſchen, an die italieniſche Praxis angeſchloſſenen Verfahren keine Stätte gefunden; da in dieſem bekanntlich die peremtoriſchen Einreden erſt nach fundirter Klage vorgebracht und bewieſen wurden, mithin erſt dann, abgeſehen von der Verhandlung über die verzögernden Einreden, die Replik- und Duplikartikel möglich waren [2]). Mit der Verfügung, daß die zerſtörlichen Exceptionen neben den Reſponſionen auf die Klagartikel vorzubringen ſeien, nahmen aber Replik und Duplik vor der Beweisauflage ihre Stelle ein [3]), und bald wurde es üblich, überhaupt die Widerrede des Klägers und die Nachrede des Verklagten ſelbſt dann mit dieſem Namen zu bezeichnen, wenn ſie gar keine Replicationen und Duplicationen enthielten. Zugleich bildete ſich die Anſicht, daß mindeſtens die Duplik das erſte Verfahren beſchließe, weil nach einem ſchon viel früher durch das teutſche Rechtsbewußtſein ausgebildeten Satze überhaupt dem Verklagten das letzte Wort gebühre [4]). So hatte ſich allmälig das Verhältniß dahin geſtaltet, daß in jedem Prozeſſe die eingebrachte Vernehmlaſſung zur Replik und dieſe zur Duplik mitgetheilt wurde, und daß die letztere, indem ſie in weitſchweifiger Kritik über die Leiſtungen des klägeriſchen Anwaltes ſich verbreitete, und die bereits in der Vernehmlaſſung enthaltene rechtliche Gegendeduction gegen die Klage umſtändlich wiederholte, ohne ein neues Moment in den Prozeß zu bringen, doch als die umfaſſendſte Schrift des erſten Verfahrens ſich behauptete. Dieſes wahrhafte Mißverhältniß iſt jedoch nicht die Schuld des teutſchen

---

1) Caius, IV. 126. §. 1. J. de replic. (4. 14.) L. 2. §. 1. D. de exc. (44. 1.)

2) C.-G.-O. v. 1507, IV. 3. 4. flg. Bergmann, corpus iur. iud. p. 48.

3) C.-G.-O. v. 1521, XIX. 8. (Bergmann, p. 71); C.-G.-O. v. 1523, III. 8. (Bergmann, p. 91).

4) Maurer, Geſch. des Gerichtsverf., S. 222.

Prozeſſes, ſondern es iſt zunächſt durch die Gerichte veranlaßt, welche, um ſich jeder freien Geiſtesthätigkeit zu überheben, allzugern einem mißverſtandenen Verhandlungsprincipe folgten. Eine richtige Erwägung des letzteren und die über das richterliche Prozeßleitungsamt auch dem gemeinteutſchen Prozeſſe eignenden Grundſätze führt jedoch zu folgenden Reſultaten. Sobald der Verklagte der Klage nicht wirkliche Einreden, ſondern nur eine Negation gegenübergeſtellt hat, iſt weiteres contradictoriſches Verfahren völlig zwecklos. Im entgegengeſetzten Falle wird die Exceptionalhandlung dem Kläger zur Erklärung mitgetheilt, und erſt wenn dieſe wirkliche Replicationen enthält, iſt die Nothwendigkeit eines Duplikſatzes vorhanden. Dagegen wird es nur in ſeltneren Fällen zweckmäßig ſein, rückſichtlich ſolcher thatſächlichen Punkte, welche in den erſten Sätzen dunkel geblieben ſind, die Aufklärung noch von einem weiteren Schriftwechſel der Parteien erwarten zu wollen. Hier tritt vielmehr das richterliche Fragerecht in die Mitte, welches in dem teutſchen Verfahren nicht nur zuläſſig, ſondern ſogar durch die Geſetze gefordert iſt. Gerichte, welche ſich über den geiſttödtenden Formalismus erheben, pflegen dann auch in dieſem Sinne zu verfahren, und zwar ſind ſie dabei auch da in ihrem Rechte, wo die Geſetzgebung ihrem Bemühen für die Abkürzung der Prozeſſe noch nicht in der wünſchenswerthen Weiſe entgegengekommen ſein ſollte [5]).

Rr.

Ehe iſt die durch Liebe bedingte geſetzmäßige Vereinigung eines Mannes und eines Weibes zur Begründung einer Familie.

Das eheliche Verhältniß, das umfangs- und inhaltsreichſte aller menſchlichen Verbindungen, geſtattet wegen ſeiner allſeitigen Beziehungen eine höchſt mannichfaltige Betrachtungsweiſe, in Folge deren der Begriff der Ehe ſehr abweichend feſtgeſtellt worden iſt. Schon im voraus wird aber jede Definition als eine verfehlte bezeichnet werden müſſen, welche das Verhältniß nicht in der Geſammtheit ſeiner Momente auffaßt, ſondern ſich auf die einſeitige Hervorhebung eines einzelnen Beſtandtheiles beſchränkt. Da nämlich die Ehe den ganzen Menſchen ergreift, und dieſer in ſeinem Sein und Wirken ſich gleichmäßig in einem Kreiſe natürlicher (phyſiſcher), ſtaatlicher (politiſcher) und religiöſer Einrichtungen bewegt, ſo ergeben ſich nothwendig für die Ehe ſelbſt gleiche Beziehungen, und ſo wie für den Menſchen eine der vorhandenen Rückſichten die vorwaltende, ihn beherrſchende werden kann, ſo iſt auch für die Ehe das Ueberwiegen des Urtheils nach einer einzelnen Seite hin möglich. Zum Begriffe, als der Erkenntniß der Wahrheit der Ehe, gehört aber die Zuſammenfaſſung aller Beziehungen.

Die Aufgabe, welche durch den nachfolgenden Aufſatz gelöſt werden ſoll, iſt nun die an den vollen Begriff der Ehe geknüpfte Erörterung ihres rechtlichen Verhältniſſes, jedoch nur bezüglich der perſönlichen Seite, während in Betreff der dinglichen Natur auf die Artikel: **Brautgabe, Güterrecht der Ehegatten, Manus, Mun-**

5) Mittermaier, Prozeßvergleichung, II. 135.

dium und die anderen einſchlagenden Artikel lediglich hingewieſen werden muß.

Nach vorausgeſchicktem Nachweiſe der Quellen und Literatur des Eherechts wird der reichhaltige Stoff in folgenden Abſchnitten darzuſtellen ſein. 1) Begriff und rechtliche Bedeutung der Ehe. 2) Das Verlöbniß. 3) Bedingungen der Eingehung der Ehe (dabei die Lehre von den Ehehinderniſſen und von der Dispenſation von denſelben). 4) Abſchließung der Ehe ſelbſt (insbeſondere über den minister sacramenti u. ſ. w.). 5) Wirkungen der Ehe (dabei Legitimation durch nachfolgende Ehe, putative Ehe u. ſ. w.). 6) Auflöſung der Ehe (Nullität, Scheidung u. ſ. w.). 7) Zweite Ehe (insbeſondere Ehe Geſchiedener u. ſ. w.). 8) Eheprozeß.

Quellen und Literatur [1]).

Die Quellen des Eherechtes ſind die des gemeinen und particularen Rechts überhaupt, in ihrem bekannten Verhältniſſe. Daher gehören hierher:

a) Römiſches Recht: beſonders Cod. Theod. lib. III. tit. V—XVI. Iustit. Instin. lib. I. tit. X. (de nuptiis). Dig. lib. XXIII—XXV. Cod. lib. V. tit. I—XXVII. und mehrere Novellen, vorzüglich XXII. CXVII. CXXXIX—CXLIII. u. a. m.

b) Canoniſches und Kirchenrecht: Decr. Grat. Can. XXVII—XXXVI. Aus den Decretalen und ſpätern Sammlungen das vierte Buch. Dann beſonders das Concilium Tridentinum sess. XXIV. in Verbindung mit dem Catechism. Conc. Trid. P. II. de matrimonii sacramento, und ſpäter päpſtliche u. a. kirchliche Verordnungen.

Für die evangeliſche Kirche kommen die ſymboliſchen Bücher und Kirchen=, Eheordnungen u. ſ. w. in Betracht.

c) Eigentliches teutſches Recht: die Volksrechte, Capitularien, Rechtsbücher, Reichsgeſetze (beſonders Polizeiordnungen) und die ſpäteren Territorialrechte.

Ueber das Verhältniß dieſer Quellen ſ. m. Schott, Einleitung in das Eherecht, §. 46—59; Fr. Guil. Tittmann de competentia legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum iuribus conjugum. Halae 1822, 8.

Die reiche Literatur findet ſich nachgewieſen in: Wiwoldus Wolradus de matrimonio cum cathalogo 148 auctorum juris utriusque et theologiae. Francof. 1592, 4. — Lipenii bibliotheca realis iuridica, und die Continuationen von Schott, Senckenberg, Madihn unter dem Worte: Conjuges u. folg. Röſſig, Repertorium der in den ſeit 1790 erſchienenen praktiſchen juriſt. Sammlungen befindlichen rechtlichen Aufſätze und Fälle (Leipzig 1802, 8.), S. 63 folg.

---

1) Eine vollſtändige Aufzählung der Quellen iſt nicht wohl thunlich, da ſich einzelne hierher gehörende Stellen zerſtreut vorfinden. Es genügt daher, die Haupttitel als die eigentlichen sedes materiae zu bezeichnen. Hinſichtlich der Literatur wird die Anführung der Hauptſchriften für hinreichend erachtet werden können.

Sickel, Repertorium über die in den J. 1802 bis 1834 erſchienenen Sammlungen juriſt. Aufſätze (Leipzig 1835, 8.), Bd. I. S. 174 flg. Kappler, juriſtiſches Promtuarium (Stuttgart 1837, 8.), S. 205 flg., S. 758 flg.

Unter den neueren Schriften, welche das geſammte Eherecht behandeln, ſind hervorzuheben: Schott, Einleitung in das Eherecht zu akademiſchem und gemeinnützlichem Gebrauch. Nürnberg 1786 und 1802, 8. Joh. Andr. Hoffmann, Handbuch des teutſchen Eherechtes, nach den allgemeinen Grundſätzen des Rechtes ſowohl, als der beſonderen Landes-, Stadt- und Ortsrechte. Jena 1788, 8. v. Hartitzſch, Handbuch des in Teutſchland geltenden Eherechts. Leipzig 1828, 8. Binterim, die vorzüglichſten Denkwürdigkeiten der chriſtkatholiſchen Kirche. Bd. 6, Th. 1 u. 2 (Mainz 1830, 8.), und die betreffenden Abſchnitte in Eichhorn, teutſches Privatrecht und Kirchenrecht, Mittermaier, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes, Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes u. a. m. Zu den brauchbarſten Werken gehört: Franz Stapf, Vollſtändiger Paſtoralunterricht über die Ehe, oder über das geſetz- und pflichtmäßige Verhalten des Pfarrers vor, bei und nach der ehelichen Trauung, nach den Grundſätzen des katholiſchen Kirchenrechtes, mit ſteter Rückſicht auf Civilgeſetze. Neu herausgegeben und bedeutend vermehrt von Karl Egger. 6. Aufl. Frankf. a. M. 1838, 8. (vergl. meine Recenſion in der Hall. Allg. Lit.-Zeit. 1839, No. 117, 118.).

Das Particularrecht iſt vorzugsweiſe in einzelnen Lehren bearbeitet worden, und wird deßhalb mit andern Monographien gehörigen Ortes anzuführen ſein. Das ganze Inſtitut erörtern für Baden: Theorie des Ehe- und Erbrechtes. Ludwigsluſt 1818, 8.; für Heſſen: Rühl, die ehelichen Verhältniſſe nach den im Großherzogthum Heſſen und zum Theil in den benachbarten Staaten geltenden Particularrechten. Darmſtadt 1830, 1831, 2 Bde. 8.; für Oeſterreich: Sattler, Handbuch des öſterreich. Eherechts ꝛc. Wien 1803, 8.; Dolliner, ausführliche Erläuterung des zweiten Hauptſtücks des allgemeinen bürgerlichen Geſetzbuchs. Wien 1835, 1836, 2 Theile (neue Ausgabe des im J. 1813 u. 1817 erſchienenen Eherechtes); für Preußen: außer den nachher zu nennenden Schriften von Bärenroth, Boock, Daniel u. a. Bielitz, Commentar zum allg. Landrechte. Th. 2, Tit. 1 u. 2. Gitzler, Handbuch des gemeinen und preuß. Eherechtes der Katholiken und Evangeliſchen. Breslau 1840, 8.; für Sachſen: außer den Werken von Weber, Neubert u. a. v. Hartitzſch, das im Königreiche Sachſen geltende Eherecht. Dresden 1836, 8.; für Württemberg: Ueberſicht des Eherechtes und zwar ſowohl in Hinſicht auf Ehehinderniſſe, Verlöbniſſe, Trauung und Eheſcheidung, als auf die Vermögens- und Erbſchaftsverhältniſſe der Ehegatten u. ſ. w. von Lorenz Friedr. Hezel, Schwäb. Hall, 1838, 8.

1) Begriff und rechtliche Bedeutung der Ehe [2]).

---

2) (v. Hippel) Ueber die Ehe, Cap. II. Klee, die Ehe, eine dogmatiſch-archäologiſche Abhandlung. Mainz 1833, 8. Roſt, religiös-wiſſenſchaftliche Darſtellung der Ehe. Wien 1834, 8. Papſt, Adam und Chriſtus. Zur Theorie der Ehe. Wien 1835, 8.

Die Ehe iſt ein natürlich-politiſch-religiöſes (ſittliches) Inſtitut, deſſen Bedeutung nur durch ein harmoniſches Zuſammenfaſſen ſeiner Beziehungen zur Natur, zum Staate und zur Kirche begriffen werden kann. Durchaus untergeordnet wird daher der natürliche Anfangspunkt der Ehe zu ihrem Weſen gemacht, und dieſelbe als eine Vereinigung zur Befriedigung des Geſchlechtstriebes, zur Erzeugung und Erziehung der Kinder, oder als ein Contract zu irgend einem beſtimmten Zwecke aufgefaßt[3].

Das moſaiſche Recht kennt bereits den höheren Charakter der Ehe, indem dieſelbe als von Gott ſelbſt eingeſetzt und geſegnet erſcheint[4]; doch wird freilich nach dem moſaiſchen Begriffe der Familie die Kinderzeugung das Hauptmoment der Ehe[5]. Die römiſchen Juriſten gehen hierbei von dem factiſchen Naturverhältniſſe aus[6], beziehen aber die Wirkſamkeit der Ehe doch, von irgend welchen Zwecken abſtrahirend, auf die vollſtändige Lebensgemeinſchaft der Gatten und erklären ſehr ſchön: **Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens** oder, indem ſie auch dem religiöſen Moment ſeine Stelle geben: **Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae: divini et humani iuris communicatio**[7]. Die höhere Weihe der Ehe wird dann vorzüglich im Chriſtenthume ausgezeichnet[8] und als die vollendete leiblich-ſittliche Einheit der beiden Individuen zu Einer Perſon anerkannt. Die Ausſprüche Chriſti darüber[9] wurden von den Apoſteln in der Anwendung weiter entwickelt, jede außereheliche Geſchlechtsgemeinſchaft als ſündlich verworfen und auf die Heiligung der Ehe ſelbſt gedrungen[10]. Das Verhältniß Chriſti zur Gemeinde ſollte ein Muſter ſein für die einzelnen Ehegatten[11], ſo daß gewiſſermaßen jede Familie die Kirche repräſentirte.

---

3) G. L. Böhmer, principia iuris can. §. 344. Schmalz, Handbuch des canon. Rechtes, §. 276. v. Hartitzſch, das in Sachſen geltende Eherecht, §. 2, 3, u. a. m. — Preuß. allgem. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 1: „Der Hauptzweck der Ehe iſt die Erzeugung und Erziehung der Kinder.“ Dieſer § iſt im neuen Entwurfe weggelaſſen.

4) 1. Moſis 1, 28.

5) S. Bruno Bauer, in der von ihm herausgegebenen Zeitſchrift für ſpeculative Theologie, Bd. 2, H. 2, S. 311 flg.

6) Daher rechnet Ulpian die **coniunctio maris atque feminae, liberorum procreatio, educatio** zum **ius naturale. L. 1. §. 3. D. de iur. et iur. (1. 1.)**

7) §. 1. J. de patria pot. (1. 9.) L. 1. D. de ritu nuptiarum (23. 2.) (Modestinus). Vergl. c. 4. C. de crimine expilatae hereditatis (9. 32.): **Uxor socia rei humanae atque divinae domus.** M. ſ. beſonders Haſſe, das Güterrecht der Ehegatten, Bd. 1, S. 1 flg.

8) Göſch, Verſuch einer hiſtoriſchen Darſtellung der kirchlich-chriſtlichen Ehegeſetze. Aſchaffenburg 1832, 8. v. May, das Eherecht der Chriſten in der morgenländiſchen und abendländiſchen Kirche bis zur Zeit Karl's des Großen. Regensb. 1833, 8. G. W. Böhmer, über die Ehegeſetze im Zeitalter Karl's des Großen und ſeiner nächſten Regierungsnachfolger. Göttingen 1826, 8.

9) Siehe Ev. Matth. 5, 31. u. 32; 19, 3—9.; Marci 10, 2—12. Vgl. Tholuck, Auslegung der Bergpredigt, S. 235 flg.

10) S. beſ. Römer 7; 1. Corinth. 7, u. a.

11) Epheſer 5, 22—33.

Die Fälle der in der Ehe liegenden Güter brachten die Kirchenlehrer und die Synoden zu allgemeinerem Bewußtſein [12]) und definirten, in der Hauptſache ſich an die römiſche Begriffsbeſtimmung anlehnend, die eheliche Gemeinſchaft ſelbſt. So ſagt Auguſtin, mit Bezugnahme auf die Ehe von Joſeph und Maria: **Consensus cohabitandi et individuam vitae consuetudinem retinendi interveniens eos coniuges fecit. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est et e converso** [13]). Auguſtin unterſcheidet in der Ehe ein dreifaches Gut, welches er auch bei Joſeph und Maria erfüllt findet: **proles, fides, sacramentum** [14]). Das erſte iſt natürliche Conſequenz der Gemeinſchaft, keineswegs aber geeignet, das Weſen der Ehe ſelbſt zu enthalten; **non enim in sola, ut deliras,** ſchreibt Auguſtin gegen Julian [15]), **commixtione maris et feminae nuptiarum veritas est, quamvis sine illa commixtione nuptae filios procreare non possint.** Ja die Ehe bleibt eine ſolche, wenn ſie auch **cum voto castitatis,** ohne die Abſicht der **proles** eingegangen wird [16]).

Weſentlich für die Ehe iſt aber die **fides,** die gegenſeitige Treue der Ehegatten, als Folge ihrer Liebe und Einheit. Beide Individuen können zur vollen Einheit nur dadurch gelangen, daß ſie gleich berechtigt und verpflichtet ſind. Schon das ſpätere römiſche Recht erkennt dieß an und erklärt daher ſowohl den Mann, wie die Frau des **crimen adulterii** fähig [17]), und die Kirche hat ſich von Beginn her über die Parität beider Geſchlechter in dieſer Hinſicht ausgeſprochen [18]). Die volle Einheit der Perſon kann nur in zwei Individuen erreicht werden, und ſomit erſcheint die Monogamie [19]) nothwendig, um den wahren Begriff der Ehe zu verwirklichen [20]). Als göttliche Vorſchrift hat die Kirche dieß ſpäter anerkannt [21]), und die Geſetzgebung der chriſtlichen Staaten die Polygamie verboten [22]). Aus dem Princip der Perſoneneinheit folgt auch, daß die

---

12) S. die Auszüge bei **Binterim**, Denkwürdigkeiten, VI. 1. S. 8 flg.
13) C. 3. C. XXVII. qu. II.
14) C. 10. C. XXVII. qu. II.
15) C. 11. C. XXXII. qu. I. Vergl. **Hieronym., contra Iovinianum** in c. 5. C. XXXII. qu. IV.
16) C. 6. C. XXXII. qu. II.
17) S. **Fabrot, exercitationes** XII. (Paris 1639, 4.) exerc. VII. **Maritus adulterii incestique reus ab uxore.** Vergl. L. 13. §. 5. D. ad l. Iuliam de adulteriis. (48. 5.) Nov. 117. cap. 9. §. 5.
18) Vergl. c. 4. C. XXXII. qu. IV. (Ambrosius a. 387); c. 18. C. XXXII. qu. V. (Augustin. a. 393).
19) S. **Hegel**, Grundlinien der Philoſophie des Rechtes, §. 167.
20) Die Polygamie der Hebräer und deren Zuläſſigkeit (1. Moſis 29, 31. u. a.) erklärt ſich aus dem Begriffe der Familie nach moſaiſchem Rechte. Die gleichzeitige Ehe mit zwei Schweſtern war aber verboten (3. Moſis 18, 18.). Ueber die vielfache Ehe der Indier ſ. v. **Bohlen**, das alte Indien, II. 141.
21) **Si quis dixerit, licere Christianis plures simul habere uxores, et hoc nulla lege divina esse prohibitum, anathema sit.** Conc. Trident. sess. XXIV. can. 2. de sacram. matrim.
22) S. z. B. öſterreich. Geſetzbuch §. 62; allgem. preuß. L.=R. Th. 2, Tit. 1, §. 16.

Ehe ein *dauerndes* Verhältniß ſei [23]). Auguſtin nennt als ein Gut der Ehe: sacramentum, quia nullum divortium: — [24]).

Nach dem Sprachgebrauche der Zeit und mit Rückſicht auf den Brief an die Epheſer, Cap. 5, Vers 32, wo bei der Vergleichung des Verhältniſſes Chriſti zur Gemeinde mit der Stellung des Mannes zur Frau, jenes ein μυστήριον genannt wird, was die Vulgata durch sacramentum überſetzte, legte man der Ehe ſelbſt das Prädicat sacramentum bei, indem man das von Chriſtus in ſeiner Beziehung zur Kirche Prädicirte auf die Gattin ſelbſt übertrug. Man konnte dies wegen des geiſtigen Inhaltes der Ehe, da in omni matrimonio coniunctio intelligitur spiritualis [25]). Auguſtin, Leo I. u. A. bedienen ſich des Ausdruckes sacramentum. Quum societas nuptiarum ita a principio sit instituta, ut praeter commixtionem sexuum non habeant in se nuptiae coniunctionis Christi et ecclesiae sacramentum.... [26]). Hieronymus nennt die nicht nach Chriſti Vorſchrift eingegangene Ehe ein adulterium [27]), und Ambroſius erklärt von einer ſolchen: quia in Deum peccat, sacramenti coelestis amittit consortium [28]).

Man würde aber in ſolchen Aeußerungen zu viel ſuchen, wenn man darin den Begriff des Sacramentes im ſpäteren und heutigen Sinne finden wollte [29]). Denn abgeſehen davon, daß der Ausdruck sacramentum ſo häufig nichts weiter bezeichnet, als res sacra, wird von den Vätern und Scribenten der älteren Zeit, die ex professo die Lehre von den Sacramenten behandeln, die Ehe darunter nicht mit aufgeführt und erſt ſeit dem Ende des zwölften Jahrhunderts etwas Entſcheidendes darüber feſtgeſetzt [30]).

Wenn zum Weſen des Sacramentes gehört, daß es invisibilis gratiae visibilis forma ſei, und das Concil von Trient deßhalb sess. XXIV. cap 1 de reform. matr. die Ehe darſtellt als: Signum visibile gratiae invisibilis collatae viro et muliebri ad individuam vitae consuetudinem coniunctis, ſo ſcheint freilich kein Zweifel obzuwalten. Man muß aber erwägen, daß dieſe Erklärung eine ſpätere ſei und die Ehe früher darum nicht Sacrament im heutigen Sinne ſein konnte, weil ihr die dazu erforderliche ſacramentaliſche Gnade fehlte. Es belehrt uns darüber

---

23) Vergl. über die verſchiedenen hier in Betracht kommenden Punkte: *Jörg* und *Tzſchirner*, die Ehe aus dem Geſichtspunkte der Natur, der Moral und der Kirche. Leipzig 1819, 8. *Burdach*, die Phyſiologie als Erfahrungswiſſenſchaft (Leipzig 1830, 8.), Bd. 3, S. 335 flg.
24) S. unten Anm. 405, 406.
25) C. 36. C. XXVII. qu. II. (Ambrosius).
26) C. 17. C. XXVII. qu. II. (Leo I. a. 458 s. 459).
27) C. 2. C. XXXII. qu. II.
28) C. 4. in fin. C. XXXII. qu. IV.
29) So z. B. *Binterim* a. a. O. S. 45: Ich muß geſtehen, daß ich nicht wüßte, was Auguſtin durch den Ausdruck sacramentum, wodurch er der Ehe unter Chriſten den größten Werth beilegt, hätte verſtehen wollen, wenn er ihn nicht in der Bedeutung nähme, in welchen ihn auch unſere jetzigen Theologen nehmen.
30) M. vergl. den Art. *Sacrament*.

die Gloſſe zu c. 3. D. XXIII. bei den Worten: pro beneficiis: Ioann. Fab. dixit, in omnibus sacramentis committi simoniam nisi in matrimonio: ideo forte, quia ibi non confertur gratia spiritus sancti. Eben ſo zum cap. 5. X. qui matrimonium accusare possunt (IV. 18) zum Worte: repellens: Quod simonia committi possit in matrimonio, cum sit spirituale. Sed contradici consuevit, quod ibi gratia non confertur u. a. m. [31]). Erſt, nachdem die Ehe kirchlich als Sacrament ſanctionirt worden, hat die Theorie die einzelnen Momente zu begründen geſucht, ohne indeſſen Controverſen über die weſentlichſten Punkte beſeitigt zu haben.

Zur Ehe als Sacrament gehört nun:

1) sacramentum s. str. d. i. das foedus coniugale, die coniunctio rite facta (worüber unter Abſchnitt 4); 2) res, die Liebe der Gatten, welche durch die Wirkſamkeit der gratia in ihrer Reinheit erhalten und im Herzen vervollkommnet werden; 3) res et sacramentum simul, die eheliche Gemeinſchaft ſelbſt, mit allen ihren Folgen, insbeſondere die Einheit und Heiligkeit der Familie.

Die griechiſche Kirche betrachtet die Ehe ebenfalls als Sacrament, während die evangeliſche Kirche ihr dieſen Charakter beſtreitet.

In Teutſchland iſt die Ehe von jeher als eine heilige und geſetzliche Verbindung angeſehen worden. Der Ausdruck Ehe ſelbſt, êwa, êa, ſoviel als Geſetz, Bund, Band überhaupt, wurde daher von der allgemeinen zur beſonderen Bedeutung erhoben [32]). Als Monogamie [33]) und dauernde lebenslängliche Gemeinſchaft war ſie anerkannt. Auf die Geſtaltung des Einzelnen wirkte weſentlich die Theorie des canoniſchen Rechtes ein, doch blieben immer gewiſſe Unterſchiede zwiſchen der weltlichen und kirchlichen Geſetzgebung, die ſeit der Reformation in den proteſtantiſchen Staaten noch bedeutender hervortraten. Die Reformatoren [34]) verwarfen nämlich die katholiſche Anſicht von der ſacramentaliſchen Natur der Ehe, indem die Stelle des Epheſerbriefes dieſelbe keineswegs unterſtütze, und erklärten ſie für eine weltliche, wenn gleich heilige Sache. Da aber die hierüber aufgeſtellten Grundſätze [35]) nicht ſogleich mit voller Beſtimmtheit und Uebereinſtimmung zur Anerkennung und Anwendung kamen, ſo

---

31) M. ſ. meine Recenſion über Berg's unter Anm. 267 cit. Schrift in Richter's krit. Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, Bd. 1 (1837), S. 38 flg.

32) Grimm, teutſche Rechtsalterthümer, S. 417 flg.

33) Tacitus, de morib. German. cap. XIX: Unum accipiunt maritum, quomodo unum corpus unamque vitam.

34) S. Froböſe, Dr. Martin Luther's Werke über die Ehe und die ehelichen Verhältniſſe. Leipzig 1825, 8. — Im Jahre 1519 ſah Luther die Ehe noch als Sacrament an, — gleichwie die Taufe; bereits 1522 erklärte er ſie für ein äußerlich leiblich Ding, wie andere weltliche Handthierung, nahm dieß aber doch wieder zurück, indem er ihr einen heiligen Charakter beilegte, da ſie ein Werk oder Stand ſei, den Gott geboten habe —.

35) S. augsburgiſche Confeſſion Art. XXIII. Apologie der Confeſſion Art. VII.

ſind doch manche Conſequenzen des katholiſchen Princips auch ſpäter praktiſch geblieben[36]).

Die verſchiedene Anſicht über das Weſen der Ehe und in Folge derſelben die differente Auffaſſung einzelner Beſtimmungen hinſichtlich der Requiſite, Wirkungen, Auflöſung u. ſ. w. iſt von großem Einfluſſe auf die Behandlung der Eheſachen überhaupt und die anwendbaren Rechte im Beſonderen geworden[37]).

Anfangs dienten die Beſtimmungen des römiſchen Rechtes zur Entſcheidung ehelicher Verhältniſſe und blieben auch im Gebrauche, nachdem die Kirche tiefer einzuwirken begonnen hatte. Seit dem ſiebenten Jahrhunderte erhielten aber die kirchlichen Sanctionen im Oriente, und ſeit der Chriſtianiſirung der Germanen auch im Occidente das Uebergewicht. Ueber das Verhältniß der weltlichen und kirchlichen Einwirkung und Cognition entſtanden jedoch zum Theil im 16., beſonders aber ſeit dem 18. Jahrhunderte widerſprechende Theorien. Es fanden ſich Vertheidiger für die ſtreng kirchliche Bedeutung der Ehe, welche der Forderung des Concils von Trient beitraten: Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit[38]), während Andere dem Staate beſondere Rechte zuſtanden, bald jedoch in einer gewiſſen Abhängigkeit von der Kirche[39]), bald in voller Selbſtſtändigkeit und Freiheit[40]). Die katholiſche Kirche hat von ihren Forderungen nicht abgelaſſen: denn Pius VIII. äußert in einem encycliſchen Schreiben vom 24. Mai 1829: Matrimonium non humana tantum ex lege, sed ex divina regi debere, ac non terrenis, sed sacris rebus ipsum accensendum esse ideoque Ecclesiae omnino subiici, christianus populus accurate edoceatur[41]). Die Geſetzgebungen huldigen aber dieſem Princip keineswegs ſchlechthin. In Oeſtreich iſt die Ehe nach ihrer civilen Seite der kirchlichen Einwirkung entzogen, dieſer aber die ſpirituelle Seite frei gegeben. Das franzöſiſche Recht läßt die religiöſen Beziehungen ganz unberührt, und ähnlich manche andere Geſetze, wie das des Waatlandes vom 12. Decbr.

---

36) S. Sam. Stryck, de reliquiis sacramenti in matrimonialibus. Halae 1706, 4. Dagegen Mich. Henr. Griebner, de his, quae ex iure Protestantium matrimoniali ad reliquias sacramenti perperam referuntur. Wittenb. 1715, 4. Vergl. Glück, praecognita iurisprud. ecclesiasticae, §. 54. not. 4.

37) Vgl. J. H. Böhmer, ius eccl. Protest., lib. II. tit. II. §. 22—28; Eichhorn, Bd. 2, S. 296—306; Walter, §. 289; verb. die Anm. 8 cit. Schriften.

38) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 12 de sacram. matrim., verb. cap. 20 eod. de reform. matrim.

39) So Launoj, Charbon u. a. Franzoſen. Von Teutſchen beſonders Oberhauſer (causa decisa divisarum potestatum in legibus matrimonialibus impedimentorum dirimentium. Francof. et Lipsiae 1777, 8.). Vergl. Frei, kritiſcher Commentar über das Kirchenrecht, Th. 3, §. 183 flg.

40) S. Sauter, fundamenta iuris can. P. V. §. 703 sq.

41) Tübinger theol. Quartalſchrift, 1829, H. 4, S. 794. Vgl. das Breve vom 10. Auguſt 1819 (Scheill, Fortſetzung von Frei, Bd. 5, Abth. 1, S. 115).

1835, wogegen das bayerſche Concordat[42]) mit Rückſicht auf das Concil von Trient den Biſchöfen die Cognition zugeſteht.

In evangeliſchen Ländern iſt der katholiſchen Kirche die gebührende Gewiſſensfreiheit in Matrimonialibus zugeſtanden. Was aber die Eheſachen der Evangeliſchen ſelbſt betrifft, ſo wurden dieſe an beſondere kirchliche Behörden (Conſiſtorien) gewieſen, welche nach göttlichem Worte darüber richten ſollten[43]). Später ſind dergleichen Angelegenheiten jedoch meiſtens als bürgerliche den weltlichen Gerichten überlaſſen worden. So in Preußen[44]).

Daß hinſichtlich der materiellen Normen ſich vielfache Differenzen finden, kann nicht befremden, da ſich die eheliche Geſetzgebung nach abweichendem Princip entwickelt hat. Eine Ehe, welche ſchlechthin makellos iſt, erſcheint als **matrimonium firmum** d. h. **verum, legitimum** und **ratum**. Matrimonium verum iſt jede rechtmäßig von irgend welchen Contrahenten eingangene Ehe, alſo auch die eheliche Verbindung der Ungläubigen. Dieſelbe wird matrimonium ratum, wenn ſie dem Geſetze der Kirche entſpricht, wobei natürlich die Vorausſetzung des chriſtlichen Glaubens ſich von ſelbſt verſteht. Iſt die Ehe dagegen eine den weltlichen Geſetzen conforme, ſo wird ſie matrimonium legitimum[45]). Während eigentlich jede Ehe zugleich natürlich, kirchlich und bürgerlich wahr ſein ſollte, giebt es Fälle, in denen ſie wegen des Widerſpruches der Geſetzgebung ein ratum nec legitimum oder legitimum nec ratum iſt. Jenes iſt vorhanden bei der Ehe des Vormundes mit den Pflegebefohlenen, bei der Mißheurath, der Ehe der Militärs ohne Conſens des Oberen, wegen des Alters, des mangelnden Conſenſes der Eltern u. a., ein matrimonium legitimum tantum bei geſchiedenen Perſonen, deren Eheband nicht gelöſt iſt, bei Uebertretung der cognatio spiritualis oder der canoniſch verbotenen, landesrechtlich zugelaſſenen Grade, die vor bloßen Civilbehörden geſchloſſenen Ehen u. a. m.[46]).

In dem Falle eines ſolchen Conflictes überlaſſen die Geſetzgebungen die Befolgung der kirchlichen Norm **neben** der bürgerlichen Vorſchrift dem Gewiſſen der Contrahenten (ſ. unten).

2) **Das Verlöbniß**[47]).

Dem Abſchluß einer Ehe pflegt ein Vertrag über dieſelbe zuvorzugehen, das Verlöbniß, Eheverſprechen, sponsalia d. i. mentio et repro-

---

42) Art. XII. c.

43) S. heſſiſche Kirchenordn. von 1526, Cap. XIV (**Schmincke**, monumenta Hassiaca, T. II. p. 619). Vergl. das Gutachten der wittenberger Theologen von 1545 bei **Seckendorf**, historia Lutheranismi, lib. III. sect. 31. — **Boltz**, de consistorio diss. IV. §. 54 sq.

44) Verordn. vom 8. Auguſt 1750. Allgem. Gerichtsordn. Th. 1, Tit. 2, §. 128, und Anhang §. 37, 288.

45) M. ſ. Gratian ad C. XXVIII. qu. II. C. 7. X. de divortiis. (4. 19.)

46) Vergl. z. B. allg. preuß. Landrecht, Th. 2, Tit. 1, §. 14, 25 flg., 30, 34, 35, 37, 45 flg., und §. 11, 12, Anhang §. 63.

47) J. H. **Böhmer**, diss. de diverso sponsalium et matrimonii iure

missio nuptiarum oder futurarum nuptiarum promissa[48]), und zwar wegen der Beziehung auf eine künftige Ehe, sponsalia de futuro. Daß ein Verlöbniß geſchloſſen werde, iſt nicht nothwendig[49]), und nach manchen Geſetzen iſt daſſelbe wenigſtens an und für ſich wirkungslos (ſ. unten).

Das Verlöbniß iſt im Allgemeinen nach den Principien präparatoriſcher Verträge zu beurtheilen, wobei das römiſche Recht nur in einzelnen Punkten durch das canoniſche und particulare Recht modificirt iſt.

Das römiſche Recht fordert zunächſt zur Giltigkeit der Sponſalien den Conſens der Betheiligten[50]). Dieſer ſelbſt wird aber bedingt durch freie Willensbeſtimmung und -Erklärung. Phyſiſche, moraliſche oder juriſtiſche Hemmungen hindern daher die Wirkſamkeit des Verlöbniſſes. So Wahnſinn[51]), Betrug, Irrthum[52]), bei welchem letzteren hier auch auf Punkte geachtet wird, die bei der Ehe unberückſichtigt bleiben würden[53]). Insbeſondere wird auch ein gewiſſes Alter der Contrahenten vorausgeſetzt. Das Verlöbniß von Kindern unter ſieben Jahren iſt ſchlechthin unverbindlich[54]), das von infantia maiores dagegen verpflichtet bis zu erreichter Pubertät, und kann dann beſtätigt oder aufgehoben werden[55]). Kinder, die noch in väterlicher Gewalt ſtehen, bedürfen des Conſenſes des Hausvaters. Ob dieſe durch das römiſche und particulare Recht[56]) anerkannte Vorſchrift auch im canoniſchen Rechte beſtätigt ſei, wird beſtritten[57]), jedoch mit Unrecht[58]), da die in älteren Feſtſetzungen enthaltene Vorſchrift keineswegs ſpäter aufgehoben, insbeſondere durch das Concil von Trient, das ſich nur auf die ohne Conſens der Eltern geſchloſſene Ehe bezieht (ſ. unten), gar nicht berührt wor-

---

(Halae 1718, 4.), und in der Exercitat. ad Pandectas T. IV. exerc. LXIX. pag. 411—588. Gregel, von den Eheverlöbniſſen. Würzburg 1801, 8.

48) L. 1. D. de sponsalibus (23. 1.) (Florentinus lib. III. Instit.). C. 3. C. XXX. qu. V. (Nicolaus I. a. 866). — Preuß. L.-R. II. 1. §. 75.

49) Preuß. L.-A. a. a. O. §. 81.

50) Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. L. 4. pr. D. h. t. (23. 1.) (Ulp. ad Sabinum).

51) C. 24. X. de sponsalibus. (4. 1.)

52) L. 8. D. h. t.

53) C. 1. C. XXIX. qu. I. (Gratian.). Allg. preuß. L.-R. a. a. O. §. 105 (wegen des Vermögens).

54) L. 14. D. h. t. C. 4. 5. 13. X. de desponsat. impuberum. (4. 2.) — C. 29. X. de sponsalib. (4. 1.) C. un. pr. de despons. impuber. in VI. (4. 2.)

55) L. 10. §. 1. D. h. t. C. 7. 8. X. de despons. impuber. (4. 2.) C. un. §. 1. eod. in VI. (4. 2.) — Allg. L.-R. a. a. O. §. 110. Vergl. Eichhorn, Bd. 2, S. 343, 344.

56) Pr. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 7. §. 1. D. h. t. Kurcöln. Verordn. vom 16. Sept. 1755 bei Rintelen, das Provinzialrecht des Herzogthums Weſtphalen, Bd. 1. S. auch Anm. 59 cit. — Allg. L.-R. a. a. O. §. 78.

57) Siehe Walter, §. 296, Note z. Stapf, Paſtoralunterricht cit. §. 6.

58) M. vergl. c. 3. X. de his qui matrimonium accusare possunt (4. 18.), auch als Palea in c. 2. C. XXXV. qu. VI. und ſ. auch c. 5. 6. X. de conditionibus appositis in desponsat. (4. 5.)

den iſt. Daher haben auch höhere Gerichtshöfe in der neueſten Zeit jenen Satz als gemeinrechtlich angewendet[59]). Der elterliche Conſens kann übrigens nur aus gerechten Gründen verſagt, und ſonſt von der Obrigkeit ſupplirt werden (ſ. unten Anm. 113).

Ein ohne Conſens der Eltern, und nach Landesrechten auch wohl des Vormundes[60]), oder ohne ſonſt vorgeſchriebene Formen geſchloſſenes Verlöbniß iſt ein heimliches oder Winkelverlöbniß (sponsalia clandestina, im Gegenſatze der publica)[61]). Nach gemeinem Recht genügt aber jede Form, aus welcher die Abſicht der Parteien ſicher erkannt werden kann[62]). Früher war die Zuziehung eines Geiſtlichen und Zeugen, Wechſel der Ringe (annulus pronubus, desponsationis) und dergl. üblich[63]) und demgemäß wird auch jetzt in Teutſchland meiſtens ſchriftlicher Vertrag, gerichtliche Abſchließung gefordert, wie in Preußen, Sachſen u. a.[64]). Die Eingehung kann auch in Perſon oder durch einen Specialbevollmächtigten geſchehen[65]).

Von beſonderer Bedeutung iſt auch der Unterſchied der sponsalia de praesenti und de futuro[66]). In jenen liegt im Verlöbniſſe zugleich die Einwilligung zur Ehe, in der Weiſe, daß man ſeine Erklärung auf die Gegenwart bezieht: ego te in meam accipio =, ich eheliche dich, während die sponsalia de futuro die zukünftige Ehe verabreden in der Aeußerung: ego te in meam accipiam =, ich werde dich ehelichen. Die sponsalia de praesenti bildeten hiernach eine wirkliche Ehe, ein wahres unauflösliches Sacrament, nur in einer einfachen Form eingegangen, während die sponsalia de futuro als blo-

---

59) M. vergl. die Rechtsfälle in Ulrich, Sommer, Böhle, neues Archiv für preuß. Recht, Bd. 5 (1838), H. 1, Nr. 3, S. 65—75. Simon und v. Strampff, Entſcheidungen des königl. geheimen Obertribunals, Bd. 3 (Berlin 1838), Nr. 1.

60) Nach gemeinem Rechte würde ein ohne vormundſchaftliche Einwilligung eingegangenes Verlöbniß bindend ſein. S. L. 20. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) Eichhorn, Bd. 2, S. 434.

61) Hedderich, dissertationes iuris can. nr. XII. p. 305 sq.

62) L. ult. D. h. t. — C. 23. 25. X. de sponsalibus.

63) Der benedictio gedenkt Siricius in c. 50. C. XXVII. qu. II. vom J. 385, des Ringes c. 7. §. 3. C. XXX. qu. V. (Isidor. a. 633), und c. 3. eod. (Nicol. I. a. 866); vergl. Petr. Müller, de annulo pronubo. Jenae 1711, 8. Wichtig war auch die Beſtärkung durch einen Kuß. S. c. 5. C. Th. ed. VI. de sponsalibus. (3. 5.) Vergl. dazu Jac. Gothofredus und Spangenberg, im Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 12, H. 2, Nr. 15.

64) Allg. preuß. L.-R. a. a. O. §. 82. Haubold, ſächſ. Privatrecht, §. 56. S. Mittermaier, teutſches Privatrecht (5. Ausg.), §. 376, Anm. 5. Scholz III., im juriſtiſchen Magazin. Neue Folge. Bd. 2, H. 4, Nr. 28. (Braunſchweig 1838.)

65) Ob dieß nach röm. Rechte zuläſſig ſei, iſt beſtritten. S. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, vol. II. §. 249. not. 8. und loc. cit. Nach canon. Rechte iſt dieß unzweifelhaft. C. ult. de procuratoribus in VI. (1. 19.) S. auch allg. L.-R. §. 87.

66) S. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. IV. tit. I. §. 10—47. Dan. Nettelbladt, de genuina notione sponsalium de praesenti et de futuro: in den observationes iuris eccl. (Halae 1783, 8.), nr. VII. — C. 9. 31. X. de sponsalibus. (4. 1.)

ſes noch auflösbares Verlöbniß erſchienen. Nachdem das Concil von Trient aber der Eheſchließung eine beſtimmte Form vorgeſchrieben (sess. XXIV. cap. 1. de ref. matr.), kann der Unterſchied nur noch da einigermaßen von Bedeutung ſein, wo das Tridentinum nicht publicirt iſt, obgleich auch da durch beſondere Verordnungen meiſtens für die Wirkſamkeit der Ehe noch beſondere Formen beſtimmt worden ſind [67]. Jetzt kann es daher im Allgemeinen nicht auf die Wahl der Worte bei Eingehung eines Verlöbniſſes ankommen.

Ein Verlöbniß kann mit oder ohne Bedingungen geſchloſſen werden. Dabei entſcheiden die allgemeinen Principien über Schließung und Interpretation der Verträge. Iſt die Bedingung eine ſchändliche oder unmögliche, ſo wird das Verlöbniß ſelbſt dadurch annullirt [68]. Dahin gehören überhaupt die gegen die Subſtanz der Ehe gerichteten Bedingungen, wie: contraho tecum, si generationem prolis evites, vel donec inveniam aliam, honore vel facultatibus digniorem, aut, si pro quaestu adulterandam te tradas [69]. Iſt die Bedingung an ſich zuläſſig, ſo iſt ſie bindend, ſie ſei ſuspenſiv oder reſolutiv. Fällt jene fort, oder tritt dieſe ein, ſo verliert das Verlöbniß ſeinen Effect [70]. Iſt eine Gegenleiſtung verabredet (modus), ſo kann bei deren Nichterfüllung vom Verlöbniſſe zurückgetreten werden [71]. Doch iſt auch Erlaß der Bedingung ſtatthaft, und für einen ſolchen gilt der erfolgte Beiſchlaf, welcher nach älterem Rechte die bloßen Sponſalien bereits in wirkliche Ehe verwandelte [72].

Der Effect eines pure geſchloſſenen oder gewordenen Verlöbniſſes iſt darauf gerichtet, daß die Ehe vollzogen werde. Daher haben die Verlobten Alles zu meiden, was dieſe Wirkung hindern könnte. Ein zweites Verlöbniß iſt darum unſtatthaft, zieht Strafe nach ſich und ſteht dem älteren nach, ſelbſt wenn es eidlich bekräftigt ſein ſollte [73]. Die Strafe des römiſchen Rechtes iſt Infamie, die des canoniſchen Kirchenbuße, während die neueren Geſetze gewöhnlich beſtimmte Vermögensnachtheile auferlegen [74].

Schon jetzt entſteht die Pflicht der Treue für die Brautleute, welche ſie ſpäter in der Ehe zu bewahren haben (fides sponsalitia) [75].

---

67) Ausdrücklich ſind die sponsalia per verba de praesenti im Kurfürſtenthum Trier unterm 3. Februar 1757 verboten (Scotti, Sammlung der Geſetze und Verordnungen im vormaligen Kurfürſtenthum Trier, Bd. 2, Nr. 567, S. 1101).

68) L. 26. 27. D. de verb. oblig. (45. 1.)

69) C. ult. X. de conditionibus appositis in despons. (4. 5.)

70) C. 3. 5. 6. X. de condit. appos. (4. 5.)

71) C. 3. X. cit. (4. 5.)

72) C. 30. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. 1. 3. 6. X. de condition. appos. (4. 5.) S. noch überhaupt preuß. L.-R. §. 95—98.

73) L. 1. 13. §. 2. D. de his qui notantur infamia. (3. 2.) C. 1. 22. 31. X. de sponsalib. (4. 1.) C. un. eod. in VI. (4. 1.) C. 25. 28. X. de iureiurando. (2. 24.) — Tit. X. de sponsa duorum. (4. 4.)

74) S. Cit. der vorigen Anmerk. Vergl. preuß. L.-R. a. a. O. §. 133 — 135.

75) C. 25. X. de iureiur. (2. 24.) C. un. h. t. in VI. (4. 1.) Ob

Eine Klage auf Vollziehung der Ehe giebt das römiſche Recht aus einem Verlöbniſſe nicht, vermöge des Grundſatzes: matrimonia libera esse debent[76]). Auch wird ſelbſt die verabredete Conventionalſtrafe nicht entrichtet, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonium adstringi[77]). Eine arrha (Mahlſchatz) konnte dagegen verloren gehen, da dieſelbe nur Zeichen eines perfecten Vertrages iſt und nicht ein Zwangsmittel zur Erfüllung der Obligation bildet[78]).

Das canoniſche Recht giebt dagegen wirklich eine Klage auf Eingehung der Ehe, ohne aber beim Widerſtreben des Verurtheilten direct zu zwingen[79]). Der geiſtliche Richter kann vielmehr nur indirect durch Cenſuren einwirken[80]), und wenn dieſe nichts fruchten, nach der Praxis blos auf Entſchädigung dringen. Nur dann, wenn auf das Eheverſprechen Beiſchlaf erfolgt war, fordern viele die Nöthigung zur Ehe, die nach älterem Rechte ſchon eo ipso vorhanden war (ſ. Anm. 72). Nach gemeinem Rechte hat jetzt der Richter auf Heurath zu erkennen, Zwang dazu iſt aber ausgeſchloſſen. Speciellere Beſtimmungen geben die Particularrechte. Zum Theil folgen ſie dem römiſchem Princip, wie die badiſche Eheordnung von 1807 §. 14, das öſtreichiſche Geſetzbuch §. 43, das naſſauiſche Geſetz vom 23. April 1822 §. 96. u. m. a., zum Theil ſchließen ſie ſich der canoniſchen Norm an, wie das hannöverſche u. a.[81]). In Preußen ſoll zwar kein Zwang zur prieſterlichen Copulation ſtattfinden, der unter dem Eheverſprechen Geſchwängerten aber das Recht einer geſchiedenen unſchuldigen Frau beigelegt werden[82]). Die Aufhebung eines Verlöbniſſes[83]) kann ohne Bedenken erfolgen, wenn beide Theile übereinſtimmen, ſelbſt wenn der Bund eidlich bekräftigt war[84]). Bisweilen wird dabei gerichtliche Anzeige oder andere Form verlangt. Bei

---

die Braut ſich eines adulterium ſchuldig machen konnte, iſt beſtritten. S. L. 13. §. 3. D. ad l. Iul. de adult. (48. 5.) Mühlenbruch, doctr. Pandect. II. §. 250. not. 5.

76) C. 1. C. de sponsalibus. (5. 1.)

77) L. 71. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.) L. 134. pr. de verb. obl. (45.1.) C. 2. C. de inutilib. stipulat. (8.39.) Vgl. Guyet, über die Wirkſamkeit des Verſprechens einer Conventionalſtrafe bei Eheverlöbniſſen; in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 4, Nr. 2, S. 25—38.

78) C. 5. C. de sponsalibus. (5. 1.) Vergl. L. 38. pr. D. de ritu nuptiarum. (23. 12.)

79) C. 10. 17. 22. X. de sponsalibus. (4. 1.)

80) Ob eine Conventionalſtrafe entrichtet werden muß, iſt beſtritten. S. c. 29. X. de sponsalibus. (4. 1.) Vgl. den Anm. 77 cit. Guyet. Eichhorn, Bd. 2, S. 437, Anm. 5.

81) S. Mittermaier a. a. O. Anm. 7. Grefe, Leitfaden zum Studium des hannöverſchen Privatrechtes, Th. 2, §. 76. Civilrechtsſprüche der höheren Gerichtsſtellen in Württemberg (Heilbronn 1835, 8.), Bd. 1, Nr. 12.

82) Vergl. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 1047 flg. Die durch die Conſtitution vom 10. April 1607 und 9. Jan. 1698 in Sachſen verordneten Zwangscopulationen ſind durch das Reſcript vom 7. Nov. 1808 abgeſchafft (Haubold, ſächſ. Privatrecht, §. 59).

83) J. H. Böhmer, diss. de probatis repudiorum causis (Halae 1718, 4.), Eiusd. ius eccl. Prot. lib. I. tit. I. §. 46 sq., 146 sq.

84) C. 2 X. de sponsalib. (4. 1.) C. 25. X. de iureiur. (2. 24.)

einſeitigem Rücktritte (repudium)[85]) ſind ſtets beſtimmte Gründe nothwendig. Als ſolche werden beſonders genannt alle diejenigen, welche die Ehe ſelbſt aufheben würden; außerdem aber der Eintritt von Umſtänden, bei deren Vorhandenſein man das Verlöbniß nicht würde eingegangen haben, wie dauernde Krankheit, körperliche Verunſtaltung, Armuth, Religionswechſel u. dergl. m. Sodann Verletzung der fides sponsalitia, Eingehung eines anderen Verlöbniſſes, Eintritt ins Kloſter, Annahme einer höheren Weihe, abſichtliche Verſchiebung des Abſchluſſes der Ehe u. a. [86]). Iſt keine causa rationabilis vorhanden, ſo hat der andere Theil Anſpruch auf Entſchädigung.

3) Bedingungen der Eingehung der Ehe[87]).

Der Abſchluß einer Ehe kann, wie der eines jeden rechtlichen Geſchäftes, nur unter gewiſſen Vorausſetzungen erfolgen, deren Nichtvorhandenſein daher die Eingehung der Ehe verhindert. Der Mangel der zur Ehe erforderlichen Requiſite bildet ſomit ein Ehehinderniß (impedimentum matrimonii). Der Grund zur Statuirung eines ſolchen liegt theils in der Natur der Sache ſelbſt, theils beruht er auf durch beſondere Umſtände hervorgerufenen Satzungen. Die wirkliche Geltung im Leben kann aber immer nur von der Anerkennung des Geſetzes abhängen. Die Bedeutung der Ehehinderniſſe iſt verſchieden, je nachdem dieſelben die Ehe in einer Weiſe afficiren, daß bei deren Daſein dieſelbe durchaus nicht beſtehen kann, oder ſo, daß die Ehe zwar möglich iſt, aber aus guten Gründen die Eingehung derſelben unterſagt wird. Im erſten Falle muß deßhalb eine ungeachtet des Defectes geſchloſſene Ehe wieder aufgelöſt werden, im zweiten Falle bleibt die Ehe zwar beſtehen, die Uebertreter des Geſetzes ſind jedoch ſtrafbar. Jene ſind daher impedimenta dirimentia (trennende), dieſe impedientia (aufſchiebende), und die Ehe ſelbſt iſt eine nichtige oder eine ungiltige[88]). Mit Rückſicht auf den Einfluß, den ſolche Hinderniſſe und deren Uebertretung auf die Geſammtheit und auf Einzelne üben können, werden dieſelben ex officio in Betracht gezogen (impedimenta publica), oder es wird den Betheiligten überlaſſen, davon Anzeige zu machen (impedimenta privata)[89]). Je nachdem die Hinderniſſe unter allen Umſtänden oder nur in Beziehung auf beſtimmte Perſonen vorhanden ſind, werden dieſelben abſolute oder relative.

Zu den abſoluten Impedimenten gehört vor Allem die Abweſenheit

---

85) L. 101. §. 1. L. 191. D. de V. S. (50. 16.)

86) C. 5. C. de sponsalibus. (5. 1.) C. 5. 6. 10. 22. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. 3. X. de coniug. lepros. (4. 8.) u. a. Allg. L.-R. a. a. O. §. 100—111. — Cod. Maximil. Bavar. civil. P. I. cap. 6. §. 3 sq.

87) Jo. Aug. Apel, diss. I. et II. de causis matrimonii adnullandi. Lipsiae 1798, 1799, 4. — Vergleichung des gemeinen Kirchenrechtes mit dem preuß. allg. Landrechte, in Anſehung der Ehehinderniſſe, von Daniel (d. i. Neigebauer). Berlin 1823, 8.

88) C. 1—3. X. de matrimonio contracto contra interdictum ecclesiae. (4. 1.) Allg. preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 945, 946.

89) C. 21. X. de sponsalib. (4. 1.) C. 2. X. de eo qui duxit in matrimonium. (4. 7.) C. 6. X. qui matrim. accusare possunt. (4. 18.)

der phyſiſchen Fähigkeit. Dieſe iſt durch ein beſtimmtes **Alter** bedingt. Das römiſche Recht fordert die Pubertät der Contrahenten, für Männer das 14., für Frauen das 12. Jahr [90]), während das canoniſche Recht in dieſem Termine nur eine Präſumtion der erlangten Reife findet und, wenn dieſe früher vorhanden ſein ſollte, auch jüngeren Perſonen die Ehe geſtattet [91]). Neuere Geſetze fordern aber ein höheres Alter, für Frauen gewöhnlich das 14., für Männer das 18., wie das preuß. Recht, oder ein noch höheres, wie das ſächſiſche, oldenburgiſche das 21. [92]). Das Greiſenalter iſt kein Hinderniß [93]), doch nehmen mitunter Statuten auf das Verhältniß des Alters beider Theile Rückſicht, und beſtimmen z. B., daß eine Frau über 40 Jahre keinen Mann heurathen ſolle, welcher 10 Jahre jünger iſt [94]). Zeugungsunfähigkeit iſt an ſich kein Ausſchließungsgrund, da die Kinderzeugung nicht zur essentia matrimonii gehört (ſ. oben). Das römiſche Recht läßt daher auch die Ehe der Spadonen zu, und geſtattet die der Kaſtraten wegen ihrer Unwürdigkeit nicht [95]). Die der letzteren verbietet auch Sixtus V. in der Constitutio: Cum frequenter von 1589 [96]). Eine abſolute Unfähigkeit hindert nicht, wenn dieſelbe den Contrahenten bekannt war, als ſie die Ehe ſchloſſen. Auch können ſie dem Rechte, aus der ſpäter erkannten Impotenz auf Annullirung der Ehe anzutragen, entſagen [97]).

Aus phyſiſchem Grunde iſt auch den Wahnſinnigen die Ehe unterſagt [98]), nicht aber Blinden und Taubſtummen [99]), welche ja des Conſenſes fähig ſind. Da überhaupt die Willensfreiheit hierbei von der höchſten Bedeutung iſt, ſo kann der durch wirklichen **Zwang** (vis et metus) herbeigeführte Conſens nicht obligiren [100]), und ein deßhalb geleiſteter Eid nicht bindend ſein [101]). In Betracht kommt auch der **Irrthum**, welcher hindernd wird, wenn er ſich auf die Perſon im Ganzen bezieht, ſo daß alſo eine Verwechſelung ſtattfindet [102]), oder wenn er die weſentlichen

90) Pr. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 4. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) — C. 3. C. quando sutores. (5. 60.) Juſtinian tritt hier der Anſicht der Proculejaner bei und verwirft die körperliche Unterſuchung, welche der Anſicht der Sabinianer gemäß erfolgen müßte.

91) C. 3. 8. 10. 14. X. de desponsat. impuberum. (4. 2.)

92) Preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 37, Anhang §. 66. Das öſterreich. Geſetzbuch, Art. 21 und 48, hat für beide Geſchlechter das 14. Jahr beſtimmt. — Sächſ. Mandat vom 20. Sept. 1826. Oldenburg. Geſetz vom 29. März 1833.

93) C. 27. C. de nuptiis. (5. 4.)

94) S. **Mittermaier**, Privatrecht, §. 377, Anm. 1.

95) L. 39. §. 1. D. de iure dotium. (23. 3.)

96) Bullarium Rom. T. II. p. 587.

97) C. 1. 4. 5. X. de frigidis. (4. 15.) Vgl. öſterreich. Geſetzbuch Art. 60, 100, 101. Preuß. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 2, 696, 697.

98) C. 24. X. de sponsalibus. (4. 1.)

99) C. 23. X. de sponsalib. (4 1.)

100) C. 6. 14. 15. 16. 28. X. de sponsalib. (4. 1.) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 38 flg.

101) C. 2. X. de eo qui duxit in matrim. (4. 7.)

102) S. z. B. Code civil art. 180.

Eigenſchaften derſelben trifft, wie Freiheit [103]), Keuſchheit [104]), insbeſondere wenn die Perſon bereits von einem Dritten ſchwanger iſt [105]) u. a. m. [106]).

Zum juriſtiſch freien Conſenſe gehört aber auch die Einſtimmung derer, denen die Gewalt über die Contrahirenden zuſteht. Daher wird vor Allem die Einwilligung des Hausvaters [107]) beim Abſchluß der Ehe eines unter väterlicher Gewalt ſtehenden Kindes gefordert, und der Mangel dieſer Einwilligung annullirt nach römiſchem Rechte die Ehe [108]). Das ältere canoniſche Recht beſtätigte dieß [109]), nahm aber zugleich auf den Conſens der Mutter Rückſicht [110]). Das ſpätere Recht wich indeſſen davon ab, und die durch die Praxis auf die Unauflöslichkeit des Eheſacramentes geſtützte Anſicht, daß eine ohne elterlichen Conſens einmal geſchloſſene Ehe nicht mehr angefochten werden könne, ward durch das Concil von Trient befeſtigt. S. synodus anathemati damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse et parentes ea rata vel irrita facere posse [111]). Dieſe Beſtimmung wurde für die katholiſchen Staaten entſcheidend, während die proteſtantiſchen dem römiſchen Principe folgten. Die Landesgeſetze weichen indeſſen von einander ab [112]). Wird der Conſens der Eltern nachgeſucht, ſo darf er immer nur aus den geſetzlichen Gründen, welche auf das Wohl des Kindes baſirt ſind, verweigert werden, widrigenfalls die Obrigkeit die Einwilligung ergänzt [113]).

Außerdem wird aber unter Umſtänden auch der Conſens anderer

---

103) C. XXIX. qu. II. — C. 2. 4. X. de coniugio servorum. (4. 9.)

104) C. 25. X. de iureiurando. (2. 25.)

105) Oeſterreich. Geſetzbuch Art. 58. Vergl. Bernard Saur, Abhandlung über die Frage: iſt die Ehe, wenn der Ehemann ſeine Gattin nach der Verehelichung von einem Anderen ſchwanger findet, auch in geiſtlicher Hinſicht ungiltig zu erklären? Mannheim 1839, 8.

106) S. preuß. L.-R. a. a. O. §. 40.

107) G. L. Böhmer, de necess. parentum consensu in nuptiis liberorum; in den electis iuris civ. T. I. nr. XIV. Vgl. oben Anm. 56 flg.

108) Pr. §. 12. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 2. 3. 18. 25. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

109) C. 5. C. XXX. qu. V. (Conc. Carth. IV. c. 13. a. 398, auch in c. 33. d. XXIII.). Vergl. c. 1. C. XXX. qu. V. c. 2. C. XXXV. qu. VI.

110) S. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, §. 358.

111) Vgl. c. 13. X. de sponsalibus (4. 1.) (Alexander III. a. 1170); c. 3. X. de divortiis (4. 19.) (Alexander III. a. 1180); c. 6. X. de raptoribus (5. 17.) (Lucius III. a. 1181); c. 3. X. qui matrimonium accusare possunt (4. 18.) (Clemens III. a. 1190); c. 6. X. de conditionibus appositis (4. 5.) (Innocent. III. a. 1201). — Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matrim. Eichhorn a. a. O. S. 360—364.

112) Die wichtigeren weiſt Mittermaier a. a. O. §. 377 nach.

113) Mittermaier a. a. O. Anm. 18—20. Preuß. L.-R. a. a. O. §. 59 flg., §. 68 flg. Vgl. auch Pfeiffer, über die rechtlichen Erforderniſſe der richterlichen Ergänzung der von den Eltern verweigerten Einwilligung zur Verheurathung ihrer Kinder; in den praktiſchen Ausführungen, Bd. 5 (Hannover 1838, 4.), Nr. 4.

Perſonen nothwendig, wie des Vormundes, des vormundſchaftlichen Gerichtes, des Regenten, der Directoren der Collegia, des Chefs eines Regimentes, des Gutsherrn u. a. [114]). Der Hauptgrund für die Einholung des Conſenſes Seitens der Beamten iſt die vom Staate zu gewinnende Ueberzeugung, daß die Frau und Kinder ſpäter im etwaigen Wittwen- und Waiſenſtande ihren Unterhalt finden, der Mann alſo einer Verſorgungsanſtalt beigetreten ſei.

Bisweilen iſt auch der Conſens der Communen für die Ehe armer, von ihnen unterhaltener Perſonen hergebracht [115]), ſo wie bei der Ehe von Ausländern mit Inländerinnen die Genehmigung der Obrigkeit des Ausländers [116]).

Ein abſolutes Ehehinderniß beſteht auch für bereits verheurathete Perſonen (impedimentum ligaminis), wegen des Verbotes der Polygamie [117]). Diejenigen, welche feierlich Keuſchheit gelobt haben (votum solenne), können nach den Grundſätzen der katholiſchen Kirche keine giltige Ehe mehr eingehen. Dieß gilt ſowohl von denen, die das Kloſtergelübde gethan haben, als den Weltgeiſtlichen, die ſich im Beſitze eines ordo maior befinden [118]). — Ebenfalls hindernd iſt ein bereits beſtehendes Verlöbniß mit einer anderen Perſon [119]), ſo wie die geſchloſſene Zeit (ſ. unten Anm. 261 folg.) und das Trauerjahr (ſ. unten Anm. 436 folg.).

Zu den nur im Verhältniſſe beſtimmter Perſonen in Betracht kommenden, alſo relativen Ehehinderniſſen, gehört vor Allem das wegen Verwandtſchaft und Schwägerſchaft.

Natürlich-politiſch-moraliſche Gründe [120]) rechtfertigen das Verbot der Ehe zwiſchen Perſonen, die in einer nahen häuslichen und verwandtſchaftlichen Beziehung ſtehen. Bei allen cultivirten Völkern finden wir daher auch ſchon frühzeitig beſtimmte desfallſige Anordnungen. Für das jetzige

---

114) Genaue Feſtſetzungen finden ſich in den Particularrechten. So verordnet ein Beſchluß des preuß. Staatsminiſteriums vom 7. Nov. 1837, daß der Conſens des Vorgeſetzten von Allen denen einzuholen ſei, die im unmittelbaren Civildienſte des Staates ſtehen, gleichviel ob ſie definitiv oder nicht, auf beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit, gegen Einkommen oder ohne ein ſolches angeſtellt ſein.

115) S. Hanſen, über das Heurathen der Armen und das dabei betheiligte Recht der Communen. Altona 1832, 8.

116) Hierbei iſt feſtgeſetzt, daß die Ehe mit einer Ausländerin wegen Armuth nicht verſagt werden ſoll (Reſcript der Regierung zu Merſeburg vom 17. Febr. und des Miniſteriums vom 14. April 1838, in v. Kamptz, Annalen, (1838), Bd. 22, H. 2, S. 273).

117) S. oben Anm. 21 flg. Vgl. §. 6. J. de nuptiis (1. 10.); c. 2. C. de incestis nuptiis. (5. 5.)

118) S. Nov. 5. cap. 8. Nov. 6. cap. 1. §. 7. Nov. 123. cap. 14. 29. C. un. de voto in VI. (3. 15.) (Bonifac. VIII. a. 1298). Vergl. den Art. Cölibat, Bd. 2, S. 687.

119) S. oben. Vgl. c. 31. X. de sponsalibus (4. 1.); c. 1. 3. X. de sponsa duorum. (4. 4.)

120) C. F. Ammon, über das moraliſche Fundament der Eheverbote unter Verwandten (Göttingen 1798—1801, 4.), 3 Abth. Jörg u. Tzſchirner oben cit.

gemeine Recht iſt auf das moſaiſche, römiſche und canoniſche Recht vorzugsweiſe Rückſicht zu nehmen.

a) Verwandtſchaft [121]).

Bei den Juden [122]) war in der Zeit der Patriarchen die Ehe unter nahen Verwandten nicht unſtatthaft, und es findet ſich ſelbſt eine Geſchwiſterehe [123]). Das moſaiſche Recht verbietet aber die Ehe unter Blutsverwandten in folgenden Fällen: mit der Mutter, des Sohnes Tochter, der Tochter Tochter, der vollbürtigen und halbbürtigen Schweſter, der Mutter Schweſter [124]). Das römiſche Recht [125]) nennt, wie das moſaiſche, die einzelnen Perſonen, welche ſich nicht heurathen dürfen, folgt dabei aber einem beſtimmten Princip, welchem gemäß es alle namhaft macht. Es unterſcheidet in der graden Linie die Verwandten auf- und abwärts (Aſcendenten und Deſcendenten) und verbietet in dieſer die Ehe in infinitum [126]). In der Seitenlinie unterſagt es die Ehe der Geſchwiſter und in den Fällen des ſogenannten respectus parentelae [127]), indem ein beſonderes Reſpectverhältniß für Deſcendenten gegen die Perſonen entſteht, welche von dem gemeinſchaftlichen Stammvater nur um Einen Grad entfernt ſind und daher parentis loco erſcheinen [128]). Die unter Claudius verſtattete Ehe mit des Bruders Tochter ward ſpäter aufgehoben [129]), und die Ehe unter Geſchwiſterkindern (consobrini), die Anfangs erlaubt, dann verboten war, wurde ſpäter wieder zugelaſſen [130]).

---

121) Karl Aug. Mor. Schlegel, kritiſche und ſyſtematiſche Darſtellung der verbotenen Grade der Verwandtſchaft und Schwägerſchaft bei Heurathen, nach dem moſaiſchen Geſetze, dem röm. und canon. Rechte und den proteſtantiſchen Kirchenordnungen. Hannover 1802, 8.

122) Joh. Selden, uxor Hebraica. Witteberg. 1712, 4. Michaelis, Abhandl. von den Ehegeſetzen Moſes, welche das Heurathen in die nahe Freundſchaft unterſagen. Göttingen 1768, 4. Deſſelben moſaiſches Recht, Th. 2, S. 217 flg. Jahn, Archäologie, Bd. 1, Th. 2, §. 177.

123) 1. Moſis 20, 12., ähnlich wie bei den Perſern, Aegyptern, Griechen. S. Herodot, lib. III. cap. 21. Diodor., lib. I. c. 53.

124) 3. Moſis 18, 6. flg.; 20, 17. flg. 5. Moſis 27, 23. Darüber, ob in dieſen Stellen wirkliche Eheverbote enthalten ſeien, iſt übrigens mehrfach geſtritten worden. S. Mich. Weber, opuscula academica eaque apologetica. Lipsiae 1828, 8. (Apologia pro Frejo et de coniugiis in Codice sacro vere prohibitis). Die Beſtimmungen des moſaiſchen Rechtes ſind faſt wörtlich in den Koran übergegangen. Sura IV. 1—8.

125) S. Faber, vicissitudines iuris romani de incestis nuptiis. Lipsiae 1763.

126) §. 1. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 53—55. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)

127) §. 2. 3. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 54. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 19. C. de nuptiis. (5. 4.)

128) L. 39. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) S. Dirkſen, Beiträge zur Kunde des röm. Rechtes, Nr. 4, S. 248 flg.

129) Tacit., Annal. lib. XII. cap. 5–7. Vergl. Caius, I. §. 62. Ulpian, tit. V. §. 6. — Dio Cass., lib. LXVIII. cap. 2. C. 1. C. de incestis nuptiis. (5. 5.)

130) Vgl. c. 3. C. Th. de incestis nuptiis (3. 12.) (Arcad. et Honor. a. 396); c. 1. C. Th. si nuptiae ex rescripto petantur (3. 10.) (Honor. et Theodor. a. 409); c. 19. C. J. de nuptiis (5. 4.) (Arcad. et Honor. a. 405); §. 4. J. de nuptiis. (1. 10.)

In der Kirche[131]) folgte man Anfangs den moſaiſchen und römiſchen Beſtimmungen, fing aber ſpäter an, bereits zum Theil ſeit dem fünften Jahrhunderte, ſtrengere Grundſätze aufzuſtellen. Die Ehe unter Conſobrinen ward gemißbilligt[132]) und dann förmlich verboten[133]), ja ſelbſt auf die Ehe der Kinder der Conſobrinen (sobrini) das Verbot ausgedehnt[134]), ohne indeſſen eine ſolche Verbindung, wenn ſie einmal eingegangen war, wieder aufzuheben. Es beſtand ſomit ein Eheverbot bis zum ſechſten Grade der Seitenlinie nach der Berechnungsweiſe des römiſchen Rechtes, das dem nun aufgeſtellten Princip: Niemand ſolle ſich mit einem Blutsverwandten vermählen[135]), zu entſprechen geeignet war, da mit dem ſechſten Grade überhaupt die Verwandtſchaft ein Ende zu nehmen ſchien, deßhalb auch die Erbfolge aufhöre[136]). Dieſelbe Anſicht ward auch in Teutſchland ſchon früh geltend und durch das canoniſche Recht befeſtigt[137]). In Teutſchland wich aber die Art der Verwandtſchaftszählung von der römiſchen Weiſe ab, indem man nicht bei dem Nachweiſe der Grade der Seitenlinie auf beiden Seiten, ſondern die Generation nur auf einer Seite zählte, und dieſer Berechnungsart bediente ſich auch die Kirche, jedoch längere Zeit neben der römiſchen, bis Alexander II. im Jahre 1065 bei Gelegenheit eines Streites zwiſchen Petrus Damiani und den römiſch gebildeten Juriſten von Ravenna die computatio legum der computatio canonum nachſetzte, alſo ausdrücklich die teutſche Weiſe für die kirchliche erklärte[138]). Indem man nun die römiſchen Grade und die canoniſche Generationsrechnung bezüglich der Zahl der Eheverbote identificirte, wurden die Verwandten bis zur septima generatio, d. h. dem 14. Grade römiſcher Computation für unfähig erklärt, einander zu heurathen[139]). Die vielen Mißverhältniſſe, die hieraus entſtanden, bewogen Innocenz III. im Jahre 1216 zu einer Beſchränkung der Eheverbote bis auf den 4. Grad canoniſcher Computation inclusive[140]). Gregor IX. verordnete noch, daß die Ehe zwiſchen zwei Perſonen, deren eine im 4., die andere im 5. Grade vom Stammvater entfernt ſeien, zuläſſig wäre, da man in der ungleichen Linie auf den ent-

---

131) S. Th. Laspeyres, diss. inaug. canonicae computationis et nuptiarum propter sanguinis propinquitatem ab ecclesia christiana prohibitarum sistens historiam, Berolin. 1824, 8.; verb. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Bd. 1, §. 183; Walter, Kirchenrecht, §. 303, 304.

132) Augustinus, de civitate Dei, lib. XV. cap. 16: Honestius consobrinarum prohibita esse coniugia.

133) Conc. Agathense a. 506 (c. 8. C. XXXV. qu. II.).

134) Eichhorn, Rechtsgeſch. cit. Anm. 1, S. 772.

135) Conc. Roman. a. 721, can. 9: Si quis de propria cognatione, vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, anathema sit.

136) S. Paulus, rec. sent. lib. IV. tit. XI. §. 8, übergangen in c. 6. C. XXXV. qu. V.

137) S. Mittermaier, teutſches Privatrecht, §. 45 a. E.

138) C. 2. C. XXXV. qu. V.

139) C. 17. C. XXXV. qu. II. (Conc. Rom. a. 1059, c. 11). C. 1. X. de consanguinitate (4. 14.) (Alexander III. a. 1172).

140) C. 8. X. de consanguin. (4. 14.)

fernteren Grad zu achten habe[141]). Ueber die Erklärung dieſes Ausſpruches haben ſich verſchiedene Meinungen gebildet, indem Einige annehmen, dadurch ſei eine Verordnung Cöleſtin's III.[142]) aufgehoben, in welcher beſtimmt iſt: daß wenn einer im 6. oder 7. Grade vom Stammvater abſtehe, er ſich doch mit einer Seitenverwandten aus dem 2. oder 3. Grade nicht vermählen dürfe, während Andere dieſe Extenſion für unſtatthaft halten und die Beſtimmung Gregor's auf den Fall des 4. und 5. Grades beſchränken[143]). Die Praxis hat ſich mehr für die erſtere Anſicht entſchieden[144]).

In der evangeliſchen Kirche[145]) ſchloß man ſich an die beſtehende Praxis an, indem man nur die Fälle, in denen regelmäßig dispenſirt wurde (ſ. unten), völlig frei zu geben vorzog. Anfangs ward daher die Ehe im 3. Grade gleicher und im 3. und 4. Grade ungleicher Linie verſtattet[146]). Da die Geſetzgebung in Eheſachen den Landesherren zufiel, wurde von dieſen das römiſche Recht als gemeines mit feſtgehalten, daher auch der **respectus parentelae** berückſichtigt, und vom moſaiſchen Rechte, als poſitiv-göttlicher Satzung, zugleich nicht abgewichen[147]). Seit dem 18. Jahrhunderte wurde aber weiter dispenſirt, und dadurch Anlaß gegeben, die Eheverbote noch mehr zu beſchränken. Uebereinſtimmung findet ſich indeſſen in den einzelnen Territorien nicht. In Preußen iſt die Ehe in der Seitenlinie nur unter Geſchwiſtern und in dem Falle des **respectus parentelae** verboten, wenn Jemand ſeine ältere Tante heurathen will[148]). Katholiſche Unterthanen, welche ſich hiernach richten wollen, werden in bürgerlicher Hinſicht geſchützt[149]). Andere evangeliſche Territorien gehen aber weiter. So in Sachſen[150]), Heſſen u. a.[151]) allgemeiner wegen des **respectus parentelae**. Auch die bürgerliche Geſetzgebung katholiſcher Staaten ſteht im Allgemeinen auf demſelben Standpunkte. So verbietet z. B. das öſterreichiſche Recht[152]) die Ehe zwiſchen voll- und halbbürtigen Geſchwiſtern, zwiſchen Geſchwiſterkindern, mit dem Oheime und der Muhme väterlicher und mütterlicher Seite.

---

141) C. 9. X. eod.

142) C. 3. X. eod.

143) M. ſ. z. B. Walter, §. 304, Note f; Stapf, S. 235, u. A. Dagegen Lancelott, instit. iure can. lib. II. tit. XIII. §. 10; Eichhorn, Bd. 2, S. 391, 392 u. cit.

144) Auch die Anſicht des röm. Stuhles ſcheint dafür mehr zu ſprechen. M. vergl. die Conſtitution Pius V. vom 20. März 1566 im Bullar. Magn. tom. II. p. 206.

145) S. Schlegel a. a. O. S. 250 flg. Eichhorn, Bd. 2, S. 393 flg.

146) Kirchenordnung des Herzogs Moritz von Sachſen von 1543.

147) Weber, ſächſiſches Kirchenrecht, I. I. S. 21 flg.

148) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 3, 4. Vgl. preuß. Landrecht von 1721, Buch 2, Tit. 2, Art. 1.

149) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 442, 443; Anhang zum L.-R. §. 130.

150) Mandat vom 11. Mai 1623. Regulativ v. 15. Jan. 1808.

151) So iſt nach der Verordnung vom 25. Mai 1676 die Ehe unter Geſchwiſterkindern in der Stadt Frankfurt a. M. verboten (Bender, Privatrecht der Stadt Frankf. a. M. §. 9).

152) Allg. Geſetzbuch Art. 65.

In allen dieſen Fällen macht eheliche oder außereheliche Verwandtſchaft keinen Unterſchied [153]).

b) Schwägerſchaft [154]).

Unter Schwägerſchaft (affinitas) verſteht man die Verbindung des einen Ehegatten zu den Blutsverwandten des anderen Gatten. Wirkliche Affinität (affinitas legitima) ſetzt eine Ehe voraus. Außereheliche Geſchlechtsgemeinſchaft erzeugt eine affinitas illegitima, und auf Adoption, geiſtliche Verwandtſchaft und Verlöbniß ſtützt ſich eine affinitas ficta (quasi affinitas) (ſ. unten).

Der Entwickelungsgang der aus der Schwägerſchaft hervorgegangenen Eheverbote iſt aber dem der Eheverbote aus der Verwandtſchaft durchaus ähnlich.

Das moſaiſche Recht unterſagt die Ehe mit der Stiefmutter, Stieftochter, Schwiegermutter, Schwiegertochter, Tochter des Stiefſohnes und der Stieftochter, des Bruders Frau, des Vaters Bruders Frau [155]). Die Ehe mit der Frau des verſtorbenen Bruders, wenn kein Sohn nachblieb, war dagegen ſogar eine Pflicht für den Bruder, und für die Wittwe ſelbſt Nothwendigkeit, wenn ſie nicht geſchmäht werden ſollte. (Levirathsehe) [156]). Die Ehe mit der Schweſter der verſtorbenen Frau war nicht verboten [157]). Das römiſche Recht unterſagt nur die Ehe mit der Schwieger- und Stiefmutter, ſo wie der Schwieger- und Stieftochter [158]), und ſpäter auch mit der Frau des verſtorbenen Bruders, ſo wie der Schweſter der verſtorbenen Frau [159]).

Dieſe beiden letzten Fälle waren bereits Ausfluß des ſtrengeren kirchlichen Princips, das aber anfangs dem römiſchen und moſaiſchen Rechte folgte, ſeit dem 5., beſonders jedoch ſeit dem 8. Jahrhunderte in ähnlicher Weiſe, wie bei den Eheverboten wegen Verwandtſchaft, bis zur ſiebenten Generation ausgedehnt wurde [160]). Innocenz III. traf dann im Jahre 1216 die Einſchränkung bis auf die vierte Generation [161]).

Neben der eigentlichen Schwägerſchaft (affinitas primi generis) ſtatuirte man auch eine ſolche für das Verhältniß zwiſchen einem Ehegatten und den Schwägern des anderen (affinitas secundi generis), ſo wie für das

153) Ueber den Fall der Diſpenſation des Anhanges zum preuß. L.-R. §. 62 ſ. unten Anm. 236.

154) E. Otto, diss. de vetitis affinium nuptiis; in Oelrichs, novus thesaur. diss. Belgicar. V. 3. P. 2. nr. 6. Gmelin, de vero conceptu affinitatis eiusque gradibus et generibus nec non eius effectu respectu matrimonii prohibiti. Tubing. 1801. S. auch Schlegel, Anm. 121 cit.

155) 3. Moſis 18, 8., 15. flg.; 20, 11. flg., 20. flg. 5. Moſis 28, 22.

156) Viri frater, levir. L. 4. §. 6. D. de gradibus. (38. 10.) 5. Moſis 25, 5. flg. Vgl. F. Benary, de Hebraeorum leviratu. Berolin. 1835, 4. Redslob, die Leviratsehe. Leipzig 1836, 8.

157) Vgl. 3. Moſis 18, 15. (ſ. oben Anm. 20).

158) §. 6. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 14. §. 4. D. ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 17. C. de nuptiis. (5. 4.)

159) C. 5. 8. 9. C. de incestuosis nuptiis. (5. 5.) Vergl. c. 2. 4. C. Th. eod. (3. 12.)

160) S. die Anm. 135 flg. cit. Stellen.

161) C. 8. X. de consanguinit. (4. 14.)

Verhältniß des einen Ehegatten zu den Schwägern des zweiten Grades des anderen (affinitas tertii generis) [162]), und begründete hier ebenfalls Ehehinderniſſe [163]), welche aber Innocenz III. aufhob [164]). Die Beſtimmungen des canoniſchen Rechtes ſind wohl nur aus einer Ausdehnung des römiſchen Rechtes hervorgegangen, welches in einem einzelnen Falle, welcher der affinitas secundi generis ſubſummirt werden kann, die Ehe des Stiefvaters mit der Frau des Stiefſohnes und der Stiefmutter mit dem Manne der Stieftochter verbietet [165]). Ob dieſer Fall durch Innocenz III. zugleich aufgehoben worden ſei, iſt beſtritten. Es dürfte aber wohl in Beziehung auf das canoniſche Recht dieß bejaht und die fortdauernde Geltung dieſes Falles von der beſonderen Reception abhängig gemacht werden können [166]).

Die illegitime Schwägerſchaft, hervorgehend aus der Geſchlechtsgemeinſchaft mit einer Blutsverwandten der Braut, hinderte früher überhaupt [167]), ſpäter bis zum zweiten Grade den Abſchluß der Ehe [168]). Iſt es aber eine affinitas illegitima superveniens, die alſo durch einen Ehebruch mit einer Verwandten des anderen Gatten erzeugt wird, ſo wurde nach älterem Rechte die Ehe nichtig, und der unſchuldige Theil konnte eine andere Ehe ſchließen [169]). Später hörte dieß trennende Impediment zwar auf, einen ſolchen Effect zu erzeugen, dem Unſchuldigen ward aber frei gegeben, die eheliche Pflicht zu verſagen (matrimonium claudicans, unvollkommene Ehe) [170]).

Wegen des Verlöbniſſes entſtand nach römiſchem Rechte ein impedimentum publicae honestatis zwiſchen der Braut mit dem Vater des Bräutigams und dem Sohne mit der Braut des Vaters [171]). Das canoniſche Recht dehnte dieſes Verbot als quasi affinitas auch auf die Seitenlinie weiter aus [172]), doch beſchränkte es das Concil von Trient auf den erſten Grad [173]).

162) Gratian, post. c. 21. C. XXXV. qu. II. et III.
163) C. 12. 22. C. XXXV. qu. II. et III.
164) C. 8. X. cit. (4. 14.)
165) L. 15. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)
166) M. vergl. Heiſler, juriſtiſche Abhandlungen und Unterſuchungen. Halle 1783, 4. Sammlung II, Nr. 4. S. auch J. H. Böhmer, ius eccl. Prot., lib. IV. tit. XIV. §. 33.
167) C. 5. 6. 10. C. XXXV. qu. II. et III. C. 2. 5. 7—9. X. de eo qui cognovit consang. uxoris. (4. 13.)
168) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 4 de ref. matr. Vgl. noch Heiſler, Anm. 166 cit. Sammlung I, Nr. 4.
169) C. 19. 20. 21. 24. C. XXXII. qu. VII.
170) C. 6. 9. 10. 11. X. de eo qui cognovit consang. uxoris. (4. 13.) Darüber, ob derſelbe Erfolg eintrete, wenn der ehebrecheriſche Theil mit eigenen Verwandten zu thun habe, ſind abweichende Meinungen aufgeſtellt (ſ. Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 5, H. 2, Nr. 11). Dadurch, daß mit dem Ehebruche auch Inceſt concurrirt, dürfe wohl im Reſultate keine Aenderung eintreten, wenn gleich eine affinitas illegitima nicht entſteht.
171) §. 9. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 12. §. 1. 2. L. 14. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)
172) C. 11. 12. 14. 15. 31. 32. C. XXVII. qu. II. C. 3. 4. 8. X. de sponsalibus. (4. 1.) C. un. de sponsalibus in VI. (4. 1.)
173) Sess. XXIV. cap. 3 de ref. matr.

Die Evangeliſchen[174]) erkannten im Allgemeinen das Princip der Eheverbote wegen Schwägerſchaft analog den Impedimenten wegen der Verwandtſchaft an. Man ſchloß ſich auch hier vielfach dem römiſchen Rechte an, insbeſondere auch hinſichtlich der Quaſiaffinität[175]). Die neueren Geſetzgebungen ſind meiſtens milder und laſſen die Quaſiaffinität unbeachtet. Das preußiſche Recht verbietet nur die Ehe wegen Schwägerſchaft, ſowohl der legitimen, als illegitimen, in der geraden Linie[176]), während das franzöſiſche noch den erſten Grad der Seitenlinie ausſchließt[177]), das öſterreichiſche Geſetzbuch aber ganz der Analogie der Blutsverwandtſchaft folgt[178]).

c) Bürgerliche Verwandtſchaft und Schwägerſchaft[179]).

Durch Arrogation und Adoption entſteht nach römiſchem Rechte ein verwandtſchaftlicher Nexus (adoptio imitatur naturam) zwiſchen dem Adoptivkinde und dem Adoptivvater und den Agnaten deſſelben, deſſen Wirkung ſich auch auf das eheliche Verhältniß bezieht und analog der Blutsverwandtſchaft und Schwägerſchaft beurtheilt wird[180]). Als ein geſetzlich begründetes Verhältniß kann daſſelbe eigentlich nur ſo lange von Bedeutung ſein, als das Factum der Verwandtſchaft beſteht[181]). Mit dem Aufhören deſſelben hört daher auch das Impediment ſelbſt auf. Das römiſche Recht hat dieſen Grundſatz aber nur in der Seitenlinie durchgeführt, ſo daß Adoptivgeſchwiſter nach der Emancipation einander heurathen können[182]). In der geraden Linie geht dagegen das Verbot der Ehe unter den Adoptivverwandten wegen des Anſtandes über die Grenzen der juriſtiſchen Verwandtſchaft hinaus und es wirkt daſſelbe nicht blos nach der Auflöſung des Nexus, ſondern ſelbſt da, wo die Adoption gar keine Verwandtſchaft begründet, nämlich im Verhältniſſe zu den Cognaten. Die Ehe bleibt daher unterſagt zwiſchen dem Adoptivkinde mit den Adoptiveltern, nämlich dem Vater mit der Adoptiv-Tochter und -Enkelin[183]), und nach der Analogie der Schwägerſchaft dem Adoptivſohne mit der Frau des Adoptivvaters und dem Adoptivvater mit der Frau des Adoptivſohnes[184]).

Das canoniſche Recht folgt lediglich dem römiſchen[185]), welchem

---

174) Eichhorn, Bd. 2, S. 415 flg.
175) J. H. Böhmer, ius eccl. Prot., lib. IV. tit. XIV. §. 33.
176) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 5, 6.
177) Code civil. art. 161, 162.
178) Allg. Geſetzbuch Art. 66.
179) S. Cuiacii, observationes, lib. XXIII. cap. 36. Contius, in den lectiones subsecivae lib. I. cap. 5 (opera p. 18 sq.). J. J. Lang, über das Ehehinderniß der ſogen. bürgerlichen oder geſetzlichen Verwandtſchaft, im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 21, Heft 2, Nr. 12; H. 3, Nr. 17.
180) §. 4. J. de adoption. (1. 11.)
181) §. 7. J. cit. L. 6. 7. 23. D. de adoption. (1. 7.)
182) L. 17. pr. D. cit.
183) §. 1. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 55. pr. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)
184) L. 14. pr. §. 1. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)
185) C. 1. 5. C. XXX. qu. III. C. 6. eod. (= L. 17. D. de ritu nuptiarum). C. un. X. de cognatione legali. (4. 12.)

ſich auch die Evangeliſchen anſchließen [186]) und zum Theil die neueren Geſetzgebungen. So das preußiſche Recht [187]), welches nur die Ehe zwiſchen Perſonen, deren eine die andere an Kindesſtatt angenommen hat, während des Beſtehens der Adoption verbietet.

d) Geiſtliche Verwandtſchaft.

Eine geiſtliche oder vielmehr geiſtige Verwandtſchaft (cognatio spiritualis) d. h. eine durch Gott vermittelte Seelenverbindung (nexus, per quem deo mediante animae copulatae sunt) entſteht nach Anſicht der katholiſchen Kirche durch die Vollziehung und reſp. den Empfang der Taufe und Firmung [188]).

Nach älterem Rechte entſprang aus der Taufe eine filiatio spiritualis zwiſchen dem Täuflinge mit dem taufenden Geiſtlichen und den das Kind aus der Taufe hebenden Pathen [189]), eine compaternitas zwiſchen den Eltern mit dem Taufenden, den Pathen und den Pathen unter ſich [190]), ſo wie indirect zwiſchen den Pathen und deren Ehegatten [191]), dann auch eine confraternitas zwiſchen dem Täuflinge mit den Kindern des Taufenden und den Pathen [192]).

Die Wirkung war zum Theil ein trennendes, zum Theil ein aufſchiebendes Hinderniß. Die Grundſätze hierüber wendete man auch auf das Verhältniß des Firmlings, des Firmenden, der Eltern und der Firmpathen an [193]), ſo wie bei Katechumenen (impedimentum ex catechismo), im letzten Falle jedoch nur als aufſchiebendes Hinderniß [194]).

Das Concil von Trient ſchränkte die Wirkung der geiſtlichen Verwandtſchaft ein, indem es nur zwiſchen dem Taufenden und den Pathen mit dem Täuflinge und deſſen Eltern, und ähnlich auch bei der Firmung, ein Ehehinderniß ſtatuirte [195]).

Die Evangeliſchen verwarfen den ganzen Begriff [196]), weßhalb ein eigenes Impediment daraus auch nicht entſtehen konnte.

Andere relative Ehehinderniſſe ſind die wegen des Ehebruchsverbrechens und der Entführung. Der mit einer Perſon begangene Ehe=

---

186) S. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot., lib. IV. tit. XII. §. 4.

187) Allg. L.=R. Th. 2, Tit. 1, §. 13, 997 flg. — Die meiſten Geſetze ſchweigen ganz hierüber.

188) C. 26. C. de nuptiis. (5. 4.) Can. XXX. qu. I. III. Tit. X. in VI. de cognatione spirituali. (4. 11. u. 4. 13.)

189) C. 5. 9. C. XXX. qu. I. C. 1. §. 1. C. XXX. qu. III.

190) C. 1. 2. 5. 7. C. XXX. qu. I. C. 6. X. h.t. C. 3. eod. in VI.

191) C. 5. C. XXX. qu. I. C. 1. 3. 6. C. XXX. qu. IV. C. 4. X. h. t.

192) C. 1. 2. 3. 5. C. XXX. qu. III. C. 1. 3. 7. 8. X. h. t.

193) C. 2. C. XXX. qu. I. C. 1. §. 1. h. t. in VI.

194) C. 5. X. C. 2. in VI. h. t. — Aus Mißverſtand iſt bisweilen dieſer Nexus auf das Verhältniß der Beichte ausgedehnt worden (ſ. c. 8. 10. C. XXX. qu. I).

195) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 2 de ref. matrim.

196) Schmalkald. Artikel: von der Biſchöfe Gewalt und Jurisdiction.

bruch[197]) hindert nach römiſchem Rechte die Ehe mit derſelben[198]). Das canoniſche Recht beſtätigte dieß, ließ aber die einmal geſchloſſene Ehe unter Umſtänden zur Vermeidung größeren Aergerniſſes beſtehen[199]), und ſah nur dann den Ehebruch als trennendes Hinderniß an, wenn noch ein zweites Impediment hinzutrat, wie gemeinſame Lebensnachſtellung oder Eheberedung bei Lebzeiten des anderen Theils[200]). Gratian deutete dieß ſo, daß überhaupt der Ehebruch in der Regel nicht Ehehinderniß ſei, aber durch die angedeuteten Fälle dazu werde[201]). Das ſpätere canoniſche Recht hat dieß auch anerkannt[202]). Der früher mit dem Ehebruche verbundene Fall der gemeinſchaftlichen Ermordung des einen Ehegatten[203]) ward ſpäter als ein ſelbſtſtändiges Ehehinderniß anerkannt[204]). Neuere Geſetzgebungen haben dieſe Beſtimmungen meiſtens mit beſonderen Verſchärfungen beibehalten[205]).

Das römiſche Recht verbot auch die Ehe zwiſchen dem Entführer und der Entführten, ſelbſt beim Conſenſe der Eltern[206]). Das canoniſche Recht ging anfangs von gleichem Grundſatze aus[207]), änderte aber ſpäter ſeine Anſicht, indem es nur den freien Conſens der Entführten forderte und dann die Ehe zu Recht beſtehen ließ[208]). Das Impediment iſt jetzt nach dem Hinderniſſe des Zwanges zu beurtheilen[209]). So betrachten auch die neueren Particularrechte die Entführung[210]).

Beſondere Hinderniſſe entſtehen auch aus Amts- und Standesverhältniſſen. Hierher gehört das Verbot der Ehe eines Provinzialbeamten mit einer Provinzialin[211]), das jedoch mit der römiſchen Staatsverfaſſung zuſammenhängt und nach deren Auflöſung ſeine Bedeutung verloren hat. Anders verhält es ſich aber mit dem Amte des

---

197) Uichlein, über das Verbrechen des Ehebruches, in Beziehung auf die Eingehung einer Ehe, in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 5, H. 3 u. 4, Nr. 14.

198) L. 13. D. de his quae ut indignis. (34. 9.) L. 11. §. 11. L. 40. D. ad l. Iuliam de adulteriis. (48. 5.) Nov. 134. cap. 12.

199) C. 2. 5. C. XXXI. qu. I.

200) S. c. 4. 5. C. XXXI. qu. I.

201) Ad c. 3. C. XXXI. qu. I.

202) C. 1. 3. 5. 6. 7. X. de eo qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium. (4. 7.)

203) C. 5. C. XXX. qu. I. C. 8. C. XXXIII. qu. II.

204) C. 1. X. de conversione infidelium. (3. 33.)

205) S. öſterreich. Geſetzbuch Art. 67, 68. Preuß. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 25—29. Badiſche Verordnung vom 23. Nov. 1811 (Reg.-Blatt deſſ. J. Nr. 24, 25) u. a. m.

206) L. 5. §. 2. D. ad l. Iuliam de vi publ. (48. 6.) C. un. §. 1. C. de raptu virginum. (9. 13.) Nov. 143. 150.

207) S. beſ. C. XXXVI. qu. II.

208) Gratian, ad c. 7. 11. C. XXXVI. qu. II. C. 7. X. de raptoribus. (5. 17.)

209) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6 de ref. matr.

210) M. vergl. z. B. öſterreich. Geſetzbuch Art. 56; preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 41; Th. 2, Tit. 20, §. 1095 flg.

211) L. 38. 57. pr. 63. 65. de ritu nuptiar. (23. 2.) C. 6. C. de nuptiis. (5. 4.)

Vormundes; denn wenn dagegen behauptet wird, das Verbot des römiſchen Rechtes für den Vormund und deſſen Sohn, die Mündel zu heurathen [212]), ſei nicht mehr anwendbar [213]), weil die obervormundſchaftliche Behörde die aus ſolcher Ehe für die Mündel entſtehende Gefahr beſeitige, ſo iſt dagegen zu erinnern, daß auch die Römer bereits eine, freilich nicht ſo umfaſſende, Obervormundſchaft, als es jetzt der Fall iſt, kannten, und überhaupt der Grundſatz: **cessante ratione legis cessat lex ipsa**, nicht annehmbar iſt. Die Praxis und darnach neuere Geſetze, wie das preußiſche [214]), haben daher dieß Impediment als ein aufſchiebendes beibehalten, indem eine ſolche Ehe nicht zuläſſig iſt, bis der Vormund Rechnung abgelegt hat. Uebrigens fällt das Hinderniß weg, wenn der Vater der Mündel teſtamentariſch eine ſolche Ehe gebilligt hat, und gilt auch nicht im Verhältniß der Tochter des Vormundes zum männlichen Pupillen, da bei letzterem überhaupt größere Selbſtſtändigkeit vorausgeſetzt werden darf. Das canoniſche Recht kennt dieſes Impediment nicht. Eben ſo wenig billigt daſſelbe das Hinderniß wegen Standesungleichheit. Schon das ſpätere römiſche Recht hat derartige ältere Beſchränkungen aufgehoben [215]). Im teutſchen Rechte giebt es aber mehrfache Beſtimmungen über eine durch Standesverſchiedenheit veranlaßte Mißheurath [216]).

Von hoher Wichtigkeit iſt endlich das Ehehinderniß wegen der Religionsverſchiedenheit der Contrahenten [217]). Da die Ehe eine vollſtändige leiblich-geiſtige Einheit bewirken ſoll, ſo ſcheint die Forderung eines gleichen Religionsbekenntniſſes für die Gatten wohl durchaus gerechtfertigt, und wenn die Verhältniſſe des Lebens dieß ganz zu erreichen nicht erlauben, ſo ſind wenigſtens von Seiten des Staats und der Kirche gewiſſe Grenzen zu ziehen.

---

212) L. 15. D. de sponsalibus. (23. 1.) L. 59. 60. 64. sq. D. de ritu nupt. (23. 2.) Tit. Cod. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum. (5. 6.) Püttmann, progr. ad orat. D. Marci de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lipsiae 1783.

213) Pufendorf, observat. T. II. obs. 94.

214) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 14.

215) L. 43. 44. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) — C. 23. 29. C. de nuptiis. (5. 4.) Nov. 89. cap. 15. Nov. 117. cap. 6.

216) M. ſ. deßhalb Kohler, Handbuch des teutſchen Privatfürſtenrechtes (Sulzbach 1832, 8.), §. 37—57; Mittermaier, teutſches Privatrecht, §. 378, 379, und vergl. den Art. Mißheurath.

217) Aus der zahlreichen Literatur, welche ſich zum Theil in der Ueberſicht der Literatur des Kirchenrechtes aus den Jahren 1838 und 1839 in der allgem. Lit.-Zeitung 1840, October, nachgewieſen findet, mögen hier erwähnt werden: (Multer) Rechtfertigung der gemiſchten Ehen zwiſchen Katholiken und Proteſtanten... mit einer Vorrede von Leander van Eß. Cöln 1821, 8. Ueber die gemiſchten Ehen. Stuttgart 1827, 8. Binterim, Denkwürdigkeiten der chriſtkathol. Kirche, Bd. 7, Th. 2. Mainz 1833, 8. Kutſchker, die gemiſchten Ehen von dem katholiſch-kirchlichen Standpunkte aus betrachtet. Wien 1838, 8. Nationaler und hiſtoriſcher Standpunkt zur Beurtheilung des Verhältniſſes zwiſchen Staatsregierungen und dem römiſchen Stuhle, in Beziehung auf gemiſchte Ehen... Von einem Katholiken. Cöln a. R. 1838, 8. v. Ammon, die gemiſchten Ehen, namentlich der Katholiken und Proteſtanten... Dresden und Leipzig 1839, 8. u. a. m.

Das moſaiſche Recht verbietet die Ehe zwiſchen Iſraeliten mit den Canaanitern und Götzendienern [218]), das Chriſtenthum aber iſt der Eingehung der Ehen zwiſchen ſeinen Bekennern und den Heiden nicht geneigt [219]), und frühzeitig unterſagte der chriſtlich gewordene Staat die Ehe der Chriſten mit Juden und Heiden [220]). Die Kirche ging von demſelben Grundſatze aus und hat ihn ſtets behauptet [221]). Ihm ſind auch die ſpäteren Territorialrechte meiſtens gefolgt, ſo daß zwiſchen Chriſten und Nichtchriſten ein trennendes Ehehinderniß obwaltet. Ausdrücklich ſprechen dieß aus der **Codex Maximil. Bavar. T. I. cap. VI. §. 7. nr. 7.**, das öſterreich. allg. Geſetzbuch Art. 64 u. a. Das preuß. allg. Landrecht Th. 2, Tit. 1, §. 36 verordnet: „Ein Chriſt kann mit ſolchen Perſonen keine Heurath ſchließen, welche nach den Grundſätzen ihrer Religion ſich den chriſtlichen Ehegeſetzen zu unterwerfen gehindert werden." Da hiermit eigentlich nichts weiter beſtimmt werden ſollte, als daß auch zu ſolchen Ehen, bei denen nur ein Theil dem chriſtlichen Bekenntniſſe angehörte, die prieſterliche Trauung erforderlich ſei, und die Intention des preuß. Landrechtes die Ehe der Juden der der Chriſten gleichſetzt, ſo iſt dadurch eine gemiſchte Ehe der Art eigentlich nicht verboten. Eine entſchiedene Praxis hat aber die cit. Paragraphen des Landrechtes von jeher anders gedeutet und im neuen Geſetzentwurfe von 1830 iſt auch das Verbot ausgeſprochen [222]). Wirklich geſtattet iſt dieſe Art von Ehen im Großherzogthum Sachſen = Weimar durch Geſetze vom 15. Juni 1823, §. 15, während ein Edict gleichen Inhaltes für Mecklenburg vom 22. Februar 1812, §. 12, ſpäter aufgehoben worden iſt.

Die Kirche verbietet aber auch die Ehen rechtgläubiger Chriſten mit Häretikern, Schismatikern, Excommunicirten [223]). Während die griechiſche Kirche dieſes Hinderniß als ein trennendes anſieht [224]), hat indeſſen die lateiniſche die zwiſchen ſolchen eingegangene Ehe ſtets aufrecht erhal=

---

218) 1. Moſis 28, 1. u. 2.; 2. Moſis 34, 14—16. u. a.

219) S. 1. Corinther 7, 12—17. 39.; 2. Corinther 6, 14.

220) Tit. C. Th. de Iudaeis. (16. 8.) C. 6. C. I. eod. (1. 9.) (Valentin., Theodos. et Arcadius a. 388). — C. 1. C. Th. de nuptiis gentilium (3. 14.) (Valentinian. et Valens a. 370).

221) C. 16. Conc. Eliberitan. a. 305. C. 67. Agathens. a. 306 (c. 16. C. XXVIII. qu. I.). C. 14. Conc. Chalced. a. 451. Vgl. Can. XXVIII. qu. I.

222) S. Jacobſon, über die gemiſchten Ehen in Teutſchland und insbeſondere in Preußen (Leipzig 1838, 8.), S. 7, 8. M. vergl. auch Robe, die Ehe zwiſchen Juden und Chriſten iſt nach dem preuß. L.=R. erlaubt (im Centralblatt für preuß. Juriſten. Berlin 1839, Nr. 49, S. 1162—1171), und dagegen Hälſchner, inwiefern iſt die Ehe zwiſchen einer Perſon chriſtlichen und einer anderen jüdiſchen Religionsbekenntniſſes nach dem allg. L.=R. zuläſſig (a. a. O. 1840, Nr. 11, S. 249—259).

223) Geſchichte und Quellen ſ. m. in den Anm. 217 cit. Schriften.

224) S. Concil. Constantinop. (Trullanum) a. 692, can. 72, anerkannt bei Photius im Nomocanon tit. XII. cap. 13 (Voelli et Iustelli biblioth. iuris can. T. II. p. 1070, 1071). Geſetzbuch für die Moldau von 1816, §. 91, für die Walachei von 1817, Th. 3, Cap. 14, §. 2.

ten. Der Staat ſtimmte mit der herrſchenden Kirche hierin überein und unterſtützte deren Satzungen mit dem weltlichen Arme.

Eine cultus disparitas als impedimentum impediens exiſtirte alſo wirklich zwiſchen Katholiken und nicht-orthodoxen Chriſten.

Durch die Reformation des 16. Jahrhunderts erfolgte eine Veränderung der bisherigen kirchlichen und ſtaatlichen Verhältniſſe. Statt Einer herrſchenden Kirche wurden deren zwei oder drei, und in Teutſchland insbeſondere durch eigene Receſſe und Friedensſchlüſſe reichsgeſetzlich anerkannt. Damit mußte von ſelbſt die Anwendbarkeit der älteren Geſetze über die Häretiker auf die Evangeliſchen als unzuläſſig erſcheinen, und wenn die katholiſche Kirche dennoch davon nicht ablaſſen wollte, dieß Verfahren als ein rechtswidriges gerügt und jede den Evangeliſchen nachtheilige Wirkung zurückgewieſen werden. Rechtlich beſteht zwiſchen den zwei oder drei paritätiſchen Confeſſionen in Teutſchland keine cultus disparitas in dem Sinne, daß daraus ein Impediment gegen die Ehe der Glieder dieſer Confeſſionen unter einander abgeleitet werden kann[225]). Hierauf geſtützt und um die Freiheit ſeiner Unterthanen in Verhältniſſen des religiöſen und bürgerlichen Lebens rechtlich unverkürzt zu erhalten, kann der Staat nicht zulaſſen, daß die Eingehung einer gemiſchten Ehe an Bedingungen geknüpft werde, welche eine Verletzung für einen Theil enthalten würden, ſei es die dem katholiſchen Gatten auferlegte Pflicht, den Evangeliſchen zu ſeinem Glauben zu bekehren oder ſämmtliche Kinder in ſeiner Confeſſion erziehen zu laſſen. In den einzelnen Diöceſen Teutſchlands war demgemäß nach und nach eine dem Bedürfniſſe entſprechende Praxis feſtgeſtellt worden, welche jedoch in Folge der neueren Conflicte zum Theil ſchwankend geworden, zum Theil aufgehoben iſt[226]).

Dispenſation von Ehehinderniſſen.

Um die nachtheiligen Folgen zu vermeiden, welche eintreten müſſen, wenn eine Ehe gegen die bisher betrachteten Impedimente geſchloſſen wird, ſind die Contrahirenden gehalten, ſich die Befreiung davon zu erwirken, d. h. ſich dispenſiren zu laſſen. Die Grundſätze, welche hier zur Anwendung kommen, ſind die allgemeinen[227]), nur durch die Specialität des Objectes näher beſtimmten.

Zunächſt kommt es beim Nachſuchen einer Dispenſation, wie überall, auch hier auf eine iusta causa an. Bei der römiſchen Curie wird beſonderes Gewicht gelegt a) auf angustia loci, d. h. wenn ein Mädchen an dem Orte außer einem Anverwandten keinen Mann von entſprechen-

225) Eine weitere Ausführung dieſer Sätze ſ. m. in meiner Anm. 222 cit. Schrift. Ueber die rechtlichen Grundſätze bei den gemiſchten Ehen ſelbſt ſ. m. unten bei den einzelnen Lehren.

226) Die Documente über dieſe Thatſachen finden ſich in den beſonderen Schriften des röm. Hofes und der preuß. Regierung, wie in Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 2, S. 586 flg.; Bd. 5, S. 766 flg. (2. Ausgabe). Das Rundſchreiben des Erzbiſchofs von Poſen und Gneſen von Dunin, vom 27. Auguſt 1840, iſt in der allg. Kirchenzeitung 1840, Nr. 152, Sp. 1238—1240, mitgetheilt.

227) M. vergl. deßhalb den Art. Dispenſation.

den Verhältniſſen (virum paris conditionis) finden kann. Locus angustus heißt techniſch der Ort, welcher nicht über 300 Feuerſtellen enthält. b) Mangel an genügender Ausſtattung (incompetentia dotis), ebenfalls für das weibliche Geſchlecht. c) Ueberreifes Alter der Braut (aetas superadulta), d. h. wenn ein Mädchen über 24 Jahre alt iſt. d) Aufhebung beſonderer Uneinigkeit (sedandae inimicitiae), da überhaupt die Kirche pro pace von der Strenge des Geſetzes abläßt. e) Gefahr des Abfalles vom Glauben (periculum haeresis). f) Erhaltung der Güter in bedeutender Familie (conservatio bonorum sive divitiarum in eadem familia). g) Große Verdienſte einer Familie um die Kirche (excellentia meritorum). h) Möglichkeit für eine Wittwe, ihren Kindern Unterhalt und Erziehung zu gewähren (vidua filiis gravata). Dazu kommen noch als unehrbare Gründe: i) Böſer Ruf der Braut wegen näheren Umganges mit dem Bräutigam, jedoch ohne Geſchlechtsgemeinſchaft (infamia sive diffamatio mulieris, secluso tamen concubitu). k) Schwangerſchaft der Braut (impraegnatio oratricis) [228]).

Die Ertheilung der Dispenſe erfolgt von der competenten Behörde, alſo reſp. von der kirchlichen und bürgerlichen, bezüglich der von der Kirche und dem Staate feſtgeſetzten Hinderniſſe. Durch die Praxis iſt die curialiſtiſche Anſicht beſtätigt, daß in der Hauptſache der Pabſt dispenſire und die Biſchöfe nur als Delegaten deſſelben handeln. Bei aufſchiebenden Hinderniſſen dispenſirt der Biſchof [229]), ausgenommen beim votum perfectum castitatis perfectae, beim votum ingrediendi religionem und beim Verlöbniſſe (sponsalia iurata et simplicia). Bei trennenden Hinderniſſen ſteht das Recht dem Pabſte zu, der aber zum Theil durch die Quinquennalfacultäten den Biſchöfen die Befugniß überlaſſen hat. Nach der Praxis dispenſiren auch die Biſchöfe per accidens, wenn die Ehe bereits geſchloſſen iſt, dann, wenn ohne große Inconvenienzen die Ehe nicht mehr getrennt werden kann, wenn der Pabſt nicht zugänglich iſt, wenn das Hinderniß ein geheimes iſt. Ueberhaupt wird der Unterſchied der öffentlich bekannten und geheimen Impedimente für die ganze Behandlung der Angelegenheit von Bedeutung. Iſt nämlich das Hinderniß bekannt oder von der Art, daß es nicht verſchwiegen werden darf, ſo wird eine Dispenſation pro foro externo, im entgegengeſetzten Falle aber pro foro interno (für das Gewiſſen) nothwendig. Bei jenem wird in den päbſtlichen Dispenſen an die römiſche Datarie berichtet, welche dann dem Biſchofe die Entſcheidung zur Mittheilung an die Bittſteller zugehen läßt. Für die Dispenſation werden nun nach beſtimmter Taxe Gebühren entrichtet, welche mit Rückſicht auf die Umſtände in vier Claſſen berechnet werden, nämlich: a) ex nobilibus, von denen die ſeltnere ex illustribus eine Unterabtheilung bildet; b) ex ho-

---

228) Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 2, S. 376 flg. Stapf, Paſtoralunterricht, S. 376 flg., wo zugleich Formulare mitgetheilt ſind.

229) Und zwar iure ordinario, quia hoc tribuit ipsi consuetudo iam recepta, wie die münſterſche Agende von 1712, S. 184 erinnert.

nestis personis sine infamia; c) ex pauperibus et miserabilibus, wozu die honestae personae kommen können, wenn causa stupri vorhanden iſt; dieſes iſt die forma pauperum, für welche der niedrigſte Gebührenſatz bezahlt wird; d) gratis ex officio, wobei keine Gebühren entrichtet werden. In geheimen Fällen geht das Petitum durch den Beichtvater mit Verſchweigung der Namen an den Biſchof, und von dieſem an die römiſche Pönitentiaria, welche dann den Umſtänden nach unentgeldlich dispenſirt.

Handelt es ſich um Dispenſation bei einer ſchon beſtehenden Ehe, ſo iſt es von Bedeutung, ob dieſelbe bona oder mala fide eingegangen war. In jenem Falle wird die Sache ſtets milder beurtheilt, in dieſem aber ſoll eigentlich gar nicht dispenſirt werden [230]), doch wird bei der Dringlichkeit der Umſtände der Bitte nachgegeben. Da eigentlich unter den beſtimmten Hinderniſſen die Ehe gar nicht möglich war, ſo wird eine Revalidation derſelben durch nochmalige Erklärung des Conſenſes der Betheiligten nothwendig.

Was den Umfang der Dispenſationen betrifft, ſo erſcheinen als unzuläſſig die Befreiung von impedimentum ligaminis [231]), der Verwandtſchaft in gerader Linie, in der Seitenlinie im erſten Grade, der Schwägerſchaft im erſten Grade abſteigender Linie, der disparitas cultus zwiſchen Chriſten und Nichtchriſten. Im zweiten Grade der Verwandtſchaft canoniſcher Computation ſoll eigentlich nur bei hohen fürſtlichen Perſonen und wegen öffentlicher Urſachen dispenſirt werden [232]).

In der evangeliſchen Kirche haben die Landesherren ſich meiſtens einzelne Fälle reſervirt, die übrigen aber den Conſiſtorien überlaſſen. Als Norm iſt dabei früher häufig das moſaiſche Recht zu Grunde gelegt worden, wovon aber ſpäter die Kirchenordnungen und Territorialgerichte mannigfach abgewichen ſind. Mit Recht hat man aber überhaupt die Dispenſationen mehr beſchränkt und in den häufig vorkommenden Fällen deren Nothwendigkeit ganz aufgehoben. In Preußen verordnete Friedrich II. durch das Edict vom 3. Juni 1740, daß nicht ferner für Geld in Eheſachen dispenſirt, ſondern in den Fällen, wo die Ehe nicht klar in Gottes Wort verboten ſei, dieſelbe geſtattet werden ſolle [233]). Der Grundſatz wurde aber nicht ſtreng befolgt [234]), und es hat daher die ſpätere

230) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 5 de ref. matrim.

231) Ueber eine angebliche Dispenſation zur Bigamie ſ. m. die Zeitſchrift Minerva, 1804, Th. 4, S. 411 flg.; 1805, Th. 1, S. 353 flg. Chr. Ern. Weissii opuscula academica (Lipsiae 1829, 8.), T. I. nr. VII., und verbinde damit die allg. Lit.-Zeit. 1831, Ergänzungsblätter Nr. 83, S. 660 flg. Röhr, kritiſche Predigerbibliothek, 1836, Bd. 17, H. 3 u. 5.

232) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 3 de sacram. matr. Cap. 5 de reform. matrim.

233) Mylius, Corp. Const. Marchicar. Contin. I. nr. 21, p. 342. Vgl. Georg. Henr. Ayrer, comm. iuris eccl. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita ad Edictum Regium Pruten. Götting. 1742, 4.

234) S. Jacobſon, Geſchichte der Quellen des evang. Kirchenrechtes von Preußen und Poſen, S. 108, Anm. 4.

preuß. Geſetzgebung die Freiheit der Ehen noch mehr erweitert. Dispenſationen kommen nur vor bei der Ehe eines Neffen mit ſeiner älteren Tante[235]), wogegen die bisher dispenſable Ehe zwiſchen einem Ehegatten mit den unehelichen Kindern des anderen nicht mehr ſtatthaft iſt[236]). Dispenſation iſt auch zuläſſig bei dem Verbote wegen Adoption[237]), wegen der Vormundſchaft[238]), wegen des Ehebruches[239]), der Standesungleichheit[240]). Aehnlich ſind auch die Vorſchriften anderer Particularrechte[241]).

Die vom Staate und der Kirche ertheilten Dispenſationen können zunächſt immer nur von den Nachtheilen befreien, die ihre eigene Geſetzgebung an die Uebertretung gewiſſer Vorausſetzungen für die Ehe geknüpft hat. Iſt Einheit der Geſetzgebung vorhanden, wie in der evangeliſchen Kirche, ſo iſt alle Schwierigkeit beſeitigt, und die Dispenſation erfolgt von den dazu autoriſirten Behörden, reſp. kirchlicher oder bürgerlicher Art. In dem Verhältniſſe des Staates zur katholiſchen Kirche können hier aber Differenzen eintreten und eine Ehe legitimum nec ratum oder umgekehrt werden (ſ. oben Anm. 45, 46). In ſolchen Fällen kann die Kirche ſich darüber nicht beſchweren, daß der Staat eine ſeinen Verordnungen entſprechende, mit der Kirche im Widerſpruch ſtehende Ehe bürgerlich ſchützt, wogegen aber der Staat auch dagegen nichts zu erinnern hat, wenn die Kirche die ihrem Geſetze nicht Gehorchenden mit kirchlichen Strafen in den geſetzlichen Grenzen belegt. Dieß iſt nun eben ſo wohl bei den blos unter Katholiken, als bei den unter ſolchen mit Evangeliſchen geſchloſſenen Ehen möglich.

4) Abſchließung der Ehe ſelbſt.

Der Abſchluß der Ehe ſelbſt erfolgt durch die einſtimmige Erklärung der Brautleute in beſtimmter Form. Bei allen Völkern finden wir gewiſſe Solennitäten, der jedesmaligen Auffaſſung der Ehe entſprechend, und zugleich beſtimmte Wirkungen erzeugend. Die Römer[242]) kannten zur Begründung der conventio in manum eine dreifache Form, coemtio, confarreatio und usus. Die erſte beſtand in einer Mancipation unter Zuziehung von Zeugen und dem Ausſprechen von verba solennia, während bei der confarreatio die Anwendung eines Opfers mit einem panis farreus das Weſentliche bildete. Auch durch usus wurde die manus, eine ſtrenge Ehe, bewirkt, wenn nicht die Frau ſich jährlich auf drei Tage

---

235) S. allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 8, 9.

236) Cabinetsordre vom 17. Jan. 1803, übergegangen in den Anhang zum allg. L.-R. §. 62, und aufgehoben durch die Cab.-Ordre vom 17. Januar 1838 (v. Kamptz, Jahrbücher der preuß. Geſetzgebung, Heft 101, S. 140, 141).

237) Reſcr. vom 27. Januar 1796 (Mathis, juriſt. Monatsſchrift, Bd. 2, S. 1).

238) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 14.

239) Cab.-Ordre vom 15. März 1803 (neues Archiv von Amelang, Bd. 3 S. 24).

240) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 32, 33, 940 flg.

241) M. ſ. z. B. bayerſches Geſetz v. 31. Dec. 1810 für die Evangeliſchen, und die bei Andr. Müller, a. a. O. S. 398 flg., mitgetheilten Verordnungen.

242) S. Barnab. Brissonii de ritu nuptiarum liber singularis (in den Opera minora p. 287 sq.).

(trinoctium) aus dem Hauſe des Mannes entfernte. Mit der Zeit gingen dieſe Formen unter. Seit der Regierung Hadrian's finden ſich nur noch ſelten confarreirte Ehen, namentlich die der höheren Prieſter und insbeſondere des flamen dialis. Die Ehe per coemtionem fand ſich zuletzt nur bei den höheren Ständen, gleichfalls ſelten und die per usum war bereits im erſten Jahrhunderte außer Gebrauch. Seit dem zweiten Jahrhunderte ward die Ehe meiſtens als ein matrimonium iuris gentium durch bloßen Conſens geſchloſſen, mit tabulis nuptialibus, einem Ehevertrage, bei den höheren Ständen. Eine beſondere religiöſe Form fehlte. In Teutſchland [243]) finden ſich von jeher mannigfache Formen, theils mit Beziehung auf die Schutzbedürftigkeit, theils auf die Geſchlechtsverhältniſſe, theils religiöſer Art. Eine allgemeine und übereinſtimmende geſetzliche Eingehungsweiſe beſtand indeſſen nicht.

In der Kirche bediente man ſich anfangs ohne Zweifel der jüdiſchen Formen [244]) und verband damit auch heidniſche Gebräuche, welche theilweiſe mit jenen übereinſtimmten, wie Anwendung der Verhüllung (nubere, velare), der Trauringe, Kränze u. ſ. w. [245]). Dabei wirkten auch Geiſtliche mit, ertheilten den Brautleuten guten Rath, überzeugten ſich von der Abweſenheit etwaiger Hinderniſſe, insbeſondere auch dadurch, daß ſie bei der Gemeinde nachfragten, und ſprachen Segensworte über die Neuvermählten [246]). Dieſe Formen waren ganz dazu geeignet, die gemißbilligte Heimlichkeit der Ehe [247]), und die daraus drohenden Nachtheile zu vermeiden, und ſo ward durch die Geſetzgebung ein eigenes ſogenanntes Aufgebot, eine Proclamation angeordnet [248]). Die Anwendung der kirchlichen Feierlichkeiten (hierologia, Copulation, Trauung), insbeſondere der Ausſpruch des Segens (Benediction) bedingte aber keineswegs die Giltigkeit der Ehe, ſondern war eigentlich nur ein Mittel, um den Conſens der Brautleute zu conſtatiren, außerdem aber eine kirchliche Pflicht [249]). Eine Ehe, bei welcher die Einwilligung der Contrahenten auf andere Weiſe erfolgt war, ward daher auch als eine vollkommen giltige anerkannt [250]), wenn nicht ſonſtige Nullitäts=

243) S. Grimm, teutſche Rechtsalterth., S. 420 flg. Reyſcher, Symbolik des germaniſchen Rechtes, S. 74 flg.

244) S. Selden, uxor hebraica, lib. II. c. 29. Jahn, Archäologie, Bd. 1, Th. 2, §. 179.

245) S. Münter, die Chriſtin im heidniſchen Hauſe, S. 28 flg. (Tertull. de corona milit. c. 13. apolog. c. 6. de virginibus velandis c. 11. u. a. m.).

246) Ignatius ad Polycarpum c. 5. Tertullian. de monogamia c. 11. de pudicitia c. 4. — Conc. Carthag. IV. c. 13. a. 398 (c. 33. d. XXIII. c. 5. C. XXX. qu. V.).

247) Dieß äußert ſchon Tertullian in der cit. Stelle de pudic.: Penes nos occultae quoque coniunctiones, id est, non prius apud ecclesiam professae, iuxta moechiam et fornicationem iudicari periclitantur.

248) S. den Art. Aufgebot, Bd. 1, S. 463—465. Vergl. beſonders c. 3. X. de clandest. despons. (4. 3.) (Innocent. III. a. 1216). Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matrim.

249) C. 2. C. XXX. qu. V.

250) S. z. B. c. 9. X. de sponsalibus (4. 1.), eine Entſcheidung Alexander's III. von 1170, der gleichzeitig (c. 14. X. eod.) auch erklärte: Matri-

oder Hinderungsgründe vorhanden waren [251]). Mannigfache Mißbräuche bewogen aber das Concil von Trient zu einer neuen Anordnung. Indem man erkannte, daß Perſonen, die in einer heimlichen Ehe (matrimonium clandestinum) lebten, d. h. in einer ſolchen, die nicht nach vorhergehendem Aufgebote, oder nicht vor dem Geiſtlichen oder der Gemeinde, beſonders in der Kirche (in facie ecclesiae) geſchloſſen war [252]), leicht einander verlaſſen und öffentlich eine neue Ehe eingehen konnten (matrimonium publicum), die aber wegen des beſtehenden Bandes der erſten Ehe dadurch ein wahrer Ehebruch wurde, ſo verordnete das Concil [253]): Es ſoll vor dem Abſchluſſe jeder Ehe ein dreimaliges Aufgebot erfolgen und dann, wenn kein Einſpruch geſchehen, von den Contrahirenden der Eheconſens vor dem Pfarrer und zwei Zeugen erklärt werden. Qui aliter, quam praesente parocho, vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat. Die ganze Abſicht des Concils, welches alſo die ohne die angedeutete Form geſchloſſenen Ehen als nichtig bezeichnet, iſt nur darauf gerichtet, den Eheconſens zu einem öffentlich ausgeſprochenen zu machen. Der Geiſtliche iſt nur der Beglaubigung wegen anweſend, er iſt testis spectabilis oder autorisabilis. Daß ſein geiſtlicher oder kirchlicher Charakter dabei gar nicht zunächſt in Betracht komme, ergibt ſich daraus, daß vor demſelben, wenn er auch noch nicht Prieſter, der Conſens ausgeſprochen werden kann [254]). Es iſt keineswegs erforderlich, daß der Geiſtliche zu dem Zwecke beſonders berufen werde, daß er ſelbſt ſeine Zuſtimmung äußere; denn wenn er auch ſchweigt, oder ſogar Widerſpruch erhebt, ſo leidet darunter die Giltigkeit der Ehe nicht [255]). Da der Geiſtliche als Zeuge keinen Act der Jurisdiction übt, ſo ſchadet es nicht, wenn er auch ſuspendirt oder excommunicirt iſt [256]).

Das Concil von Trient fügt ſeiner Vorſchrift noch die Ermahnung hinzu, daß die Contrahenten nach Ausſpruch des Eheconſenſes ſich vom Geiſtlichen einſegnen laſſen und nicht früher unter demſelben Dache wohnen ſollen: Praeterea S. Synodus hortatur, ut coniuges ante benedictionem sacerdotalem in templo suscipiendam in eadem domo

---

monium solo consensu contrahitur. S. auch c. 25. 30. 31. X. eod.; c. 2. X. de clandestina desponsat. (4. 3.)

251) M. ſ. z. B. c. 3. §. 1. X. de clandestina desp. (4. 3.)

252) S. Uichlein, über den Begriff einer geheimen Ehe in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, Bd. 5, H. 3 u. 4, Nr. 13.

253) Sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr. S. auch Anm. 269.

254) S. Resolutio Congreg. Conc. Trid. d. 1. Decbr. 1593. Vgl. die Declarationes ad Conc. Trid. cit.

255) S. Sanchez, de matrimonio, lib. III. disp. 38. 39. van Espen, ius eccl. universum, P. II. tit. XII. cap. V. §. 23 sq. Benedict. XIV., de synodo dioecesana, lib. XIII. cap. XXIII.

256) Sanchez l. c. disp. 21. Stapf, Paſtoralunterricht, S. 157, 158. S. auch Anm. 268.

non cohabitent, statuitque benedictionem a proprio parocho fieri neque a quoquam, nisi ab ipso parocho, vel ab ordinario licentiam ad praedictam benedictionem faciendam, alii sacerdoti concedi posse. Die Giltigkeit der Ehe ward aber übrigens auch davon nicht abhängig gemacht, wie das Concil ja auch den Ausdruck coniuges von den noch nicht benedicirten Contrahirenden braucht.

Da dieſes tridentiniſche Decret nach der Vorſchrift des Concils in jeder Diöceſe und Parochie beſonders publicirt werden, und da die Geltung 30 Tage nach der Publication erſt beginnen ſollte [257]), ſo beſteht noch das ältere Recht in den Pfarreien, in welchen es zur Publication nicht gekommen iſt, und die Ehen können daher formlos geſchloſſen werden [258]). Daſſelbe iſt da der Fall, wo an Orten, an welchen das Decret publicirt iſt, ein katholiſcher Geiſtlicher nicht vorhanden, indem dann die Erklärung vor zwei Zeugen hinreicht [259]).

Zur Form der Ehe gehört insbeſondere auch die Rückſicht auf *Ort* und *Zeit*. Was jenen betrifft, ſo wird die Verbindung in der Kirche gewünſcht, die auch in einzelnen Diöceſen als geſetzliche Regel vorgeſchrieben iſt, von der nur der Biſchof oder Generalvicar dispenſiren kann [260]). Rückſichtlich der Zeit ergingen ſeit dem vierten Jahrhundert gewiſſe Beſchränkungen (tempus clausum), um die Tage der Buße und heiligen Trauer nicht durch andere Feſtlichkeiten zu ſtören. Es ſollten daher in der Advent- und Faſtenzeit, vom erſten Advent bis Epiphaniä und vom Aſchermittwoche bis zum ſogenannten weißen Sonntage, keine Hochzeiten ſtattfinden [261]), was auch das Concil von Trient und andere Verordnungen für die katholiſche Kirche beſtätigt habe [262]). Eigentlich bezieht ſich die Verordnung in ihrer ſpäteren Geſtalt nur auf ſolenne, mit beſonderer Feier begangene, ſogen. laute Hochzeiten, doch iſt in der Praxis und durch particulare Beſtimmungen das Verbot auf jede Hochzeit ausgedehnt worden, und ſo ein aufſchiebendes Ehehinderniß angenommen, wovon jedoch dispenſirt wird. Die einzelnen Gebräuche richten ſich nach beſtehenden Obſervanzen, doch kennt die Kirche auch eine allgemeine ordentliche Form, indem der copulirende Geiſtliche die Hände der Brautleute ineinander legt, mit der Stola umwickelt und die Verbindungsworte ſpricht: ego vos in matrimonium coniungo nomine Patris, Filii et Spiritus

---

257) Conc. Trid. Anm. 253 cit. in fin.

258) S. *Uihlein* a. a. O. S. 248. In fraudem legis von einem Orte, wo das Decret publicirt iſt, an einen ſolchen hinzugehen, wo die Publication nicht erfolgt iſt, iſt unſtatthaft. S. die Declarationen der Congreg. Conc. Trid. bei *Benedict*. XIV., de synodo dioec., lib. XIII. cap. IV. nr. X.

259) S. *Sanchez* l. c. disp. 18; *Benedict*. XIV. l. c. lib. XII. cap. V. nr. V.

260) *Stapf* a. a. O. S. 413—415.

261) Conc. Laodic. c. 52. c. 372 (c. 8. C. XXXIII. qu. IV.). Conc. Herdense a. 546, fragm. (*Mansi*, Coll. Conc. T. VIII. p. 616). Conc. Bracar. II. a. 572 (c. 9. C. XXXIII. qu. IV.). u. a. m. C. 4. X. de feriis (2. 9.) (Clemens III. a. 1190).

262) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 11. de sacram. matrim. cap. 10 de reform matrim.

Sancti [263]). — Die geſchloſſene Ehe wird in das dazu beſtimmte Kirchenbuch eingetragen [264]).

Die Ehe iſt nach katholiſcher Lehre ein Sacrament, das alſo auch durch einen dazu geeigneten minister begründet werden muß. Da eine vollkommen giltige und wirkſame Ehe (matrimonium verum et ratum) als Sacrament zu betrachten iſt [265]), ſo kann nicht wohl daran gezweifelt werden, daß auch die formloſen Ehen vor dem ſechszehnten Jahrhundert Sacramente geweſen, folglich auch die nach dem tridentiniſchen Concil an Orten, wo daſſelbe nicht publicirt iſt, in der älteren Weiſe neu eingegangenen und noch einzugehenden Ehen Sacramente ſeien, denn das Concil ſelbſt hat die matrimonia clandestina libero contrahentium consensu facta ausdrücklich für rata ac vera erklärt [266]). Hieraus kann denn gefolgert werden, daß auch die nicht benedicirten, ja die ohne Mitwirkung eines Geiſtlichen geſchloſſenen Ehen Sacramente geweſen und reſp. ſeien, daß folglich die ſacramentaliſche Eigenſchaft durch die Einwilligung der Brautleute bewirkt werde, die Brautleute alſo ſelbſt ministri sacramenti ſein müſſen. Dieſe Anſicht iſt auch von jeher in der Kirche die allgemein verbreitete geweſen, wenn gleich die entgegengeſetzte, daß der Geiſtliche die Ehe, welche an ſich nur apta materia sacramenti ſei, als der wahrhafte minister sacramenti betrachtet werden müſſe, auch ihre Vertheidiger gefunden hat [267]). Die Streitfrage ſelbſt iſt kirchlich niemals entſchieden, obgleich freilich die römiſche Anſicht den Ehegatten ſelbſt günſtig iſt [268]). Der Pabſt Benedict XIV. ſelbſt, der ſich auch dieſer Entſcheidung mehr anſchließt, wenn er äußert: Utraque opinio est probabilis suosque habet magnae auctoritatis patronos — Nullus inficiabitur, communiorem esse contrariam aliorum opinionem, qui constanter defendunt, solos contrahentes esse ministros sacramenti — Hanc quippe sententiam propugnaverunt fere omnes antiqui theologi iurisque canonici interpretes [269])

---

263) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr.

264) S. Uihlein, im Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 15, H. 1, Nr. 2, über den Urſprung und die Beweiskraft der Pfarrbücher, §. 8, 14.

265) Ueber etwaige Zweifel gegen dieſen Satz ſ. m. die Anm. 267 cit. Recenſion über Berg, S. 42.

266) Sess. XXIV. cap. 1 de ref. matr.

267) Statt vieler vergl. man beſonders G. D. Berg, über die Erforderlichkeit der prieſterlichen Einſegung zum Sacrament der Ehe. Eine dogmatiſch-kirchenrechtliche Abhandlung. Breslau 1836, 8., und dagegen meine Recenſion in Richter's kritiſchen Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft (1837), Bd. 1, S. 33—44.

268) M. ſ. z. B. die Declaratio Congreg. Concilii Trid. im Thesaurus resolutionum Rom. T. XX. p. 92: Accedit, parochum in matrimoniis nullam exercere iurisdictionem, cum ex veriori et receptiori sententia ipse non sit minister magni huius sacramenti, sed sit testis spectabilis matrimonii, qui cum aliis testibus certam reddat ecclesiam, hunc atque illam matrimonium contraxisse.

269) De synodo dioecesana lib. VIII. cap. XIII. Selbſt das mitunter übliche Trauungsformular: matrimonium per vos contractum confirmo, ratifico et benedico in nomine P. et F. et Sp. S. bezieht ſich darauf.

— hat doch den Biſchöfen unterſagt, auf ihren Synoden ſich beſtimmt für eine Meinung zu entſcheiden[270].

Da von der Sacramentalität der Ehe ihre Unauflöslichkeit bisweilen hergeleitet wird (ſ. unten Anm. 405, 406), die nicht conſummirte, d. h. durch Beiſchlaf perficirte Ehe aber noch unter gewiſſen Vorausſetzungen auflösbar iſt (ſ. Anm. 403), ſo iſt mitunter in der Conſummation der Ehe ſelbſt das Hinzutreten des Sacramentes gefunden worden[271]. Jedenfalls ſind aber gewiſſe Wirkungen an die „Beſchreitung des Ehebettes" auch noch ſpäter geknüpft worden, beſonders rückſichtlich der Vermögensrechte der Ehegatten[272].

Eigene Schwierigkeiten exiſtiren beim Abſchluſſe gemiſchter Ehen. Die katholiſche Kirche betrachtet ſelbſt die Ehe der Evangeliſchen unter einander noch als Sacrament[273], und hält ſich für befugt, über dieſelbe Beſtimmungen treffen zu können[274]. Um ſo mehr liegt es in ihrem Intereſſe, auf die Ehen von Katholiken mit nichtkatholiſchen Chriſten einzuwirken. Sie hat daher ſtets die Eingehung derſelben von ihr vortheilhaften Bedingungen abhängig gemacht, die ſich aber nicht durchſetzen ließen, ſo daß ſie den Umſtänden nach von ſolchen Bedingungen abzulaſſen nicht umhin konnte. Die Praxis hat ſich dabei verſchieden geſtaltet. In den Ländern, wo das evangeliſche Bekenntniß herrſchte, und die Publication des Concils von Trient nicht erfolgte, konnte gegen formlos geſchloſſene Ehen nichts bemerkt werden. Wegen des evangeliſchen Theiles erfolgte aber die Mitwirkung des evangeliſchen Geiſtlichen. Wo dagegen die Bevölkerung mehr gemiſcht war, und das Tridentinum publicirt worden, ſuchte die katholiſche Kirche durchzuſetzen, daß ſtets die Ehe vor einem katholiſchen Geiſtlichen abgeſchloſſen würde, und wollte dieſelbe ſonſt nicht anerkennen (ſ. die Anm. 274). Dieß fand jedoch Widerſpruch[275], und der Pabſt Benedict XIV. ſah ſich veranlaßt nachzugeben und zunächſt für die Niederlande zu beſtimmen, daß auch ohne die tridentiniſche Form geſchloſſene gemiſchte Ehen, denen nur kein anderes canoniſches Hinderniß entgegenſtehe, giltig ſein ſollten[276]. Daſſelbe ward ſpäter auch

---

270) L. c. lib. VII. cap. XXVI. §. 1. cap. XXVIII. §. 9.

271) S. c. 5. X. de bigamis non ordinandis (1. 21.) (Innocent. III.). S. J. H. Böhmer, ad h. l. not. 76.

272) S. Mittermaier, teutſches Privatrecht, §. 380.

273) Walter, Kirchenrecht, §. 295, vergl. §. 313.

274) Daher erklärt z. B. die Congreg. Conc. Trid. unterm 26. Sept. 1602 (thesaurus resolutionum T. IV. p. 132): Haereticos, ubi decretum Tridentinum est promulgatum, teneri talem formam observari et praeterea etiam ipsorum matrimonia absque forma concilii, quamvis coram ministro haeretico vel magistratu loci contracta, nulla atque irrita esse. Vgl. Resolutio d. d. 7. Januar 1737.

275) S. van Espen, ius eccl. universum, P. II. tit. XII. cap. V. §. 32 sq.

276) At, si forte aliquod huius generis matrimonium, Tridentini forma non servata, ibidem contractum iam sit, aut in posterum contrahi contingat, — matrimonium huiusmodi, alio non concurrente canonico impedimento, validum esse. Declaratio cum instructione super dubiis respicientibus matrimonia in Hollandia et Belgia d. d. 4. November 1741 im Bullar. Magnum,

anderweit zugeſtanden, wie namentlich durch ein Breve Pius VI. vom 19. Juni 1793 für das Herzogthum Cleve. — Nach und nach hatte ſich in den einzelnen teutſchen Ländern ein befriedigendes, keinen Theil verletzendes Verhältniß gebildet, denn überall, wo man mit Entſchiedenheit auftrat, wagte auch Rom nicht hemmend einzugreifen[277]). In der neueren und neueſten Zeit ſind jedoch in Folge der wieder erwachten hierarchiſchen Beſtrebungen mannigfache Mißverhältniſſe in der Angelegenheit der gemiſchten Ehen entſtanden, deren Beſeitigung durch Verhandlungen mit der Curie bewirkt werden ſollte. Verhandlungen mit Rom in einer Sache, die auf ſo feſte Weiſe im Zuſammenhange mit dem ganzen römiſch-katholiſchen Syſteme fundirt iſt, können indeſſen zu einem erfreulichen Reſultate nicht führen, und ſo iſt in Folge derſelben die bisherige Praxis und wohl hergebrachte Obſervanz mehrfach alterirt worden[278]). Im Allgemeinen iſt jetzt folgendes Verfahren üblich. Wenn ein gemiſchtes Brautpaar die Ehe zu ſchließen beabſichtigt und den katholiſchen Geiſtlichen nicht bewegen kann, die Hierologie zu vollziehen, ſo fordert es von demſelben Aufgebot, Dimiſſorialien, d. h. die Beſcheinigung, daß kein canoniſches Impediment der Ehe entgegen ſtehe, und trägt, indem er den Conſens der Brautleute vernommen, die Ehe ins Kirchenbuch ein (ſogen. paſſive Aſſiſtenz). Die Einſegnung der Ehe erfolgt dann auf Grund der Dimiſſorialien vom evangeliſchen Geiſtlichen[278a]).

Ueber den Charakter einer alſo begründeten Ehe iſt mehrfach geſtritten worden. Man hat derſelben insbeſondere die Eigenſchaft des Sacramentes abſprechen wollen, indem man zwiſchen Ehecontract und Eheſacrament einen Unterſchied ſtatuirte, und das letztere dann von der activen Aſſiſtenz, d. h. der billigenden Mitwirkung und dem Segen des katholiſchen Geiſtlichen abhängig machte. Nicht ohne Grund bemerkt aber dagegen Klee: die Meinung derjenigen, wornach es in der Kirche unſacramentaliſche, wenn gleich giltige, und ſacramentaliſche Ehen gibt, iſt von aller Tradition und Vernunft verlaſſen, ſo daß man an eine Widerlegung derſelben gar nicht gehen darf. In der Kirche ſind die Giltigkeit, Unauflöslichkeit, Sacramentlichkeit der Ehe eine mit der anderen geſetzt und von der anderen bedingt. Die Ehe der Ungläubigen iſt auflöslich, weil unſacramentlich, die der Gläubigen unauflöslich, weil ſacramentlich, durch beſondere göttliche Gnadenbeſiegelung befeſtigt, wodurch ſie eben zu ihrem reinen Weſen und Begriffe erhoben iſt, unter welchem ſie

---

T. XVI. p. 52, in teutſcher Ueberſetzung bei Eiſenſchmidt, römiſches Bullarium, Bd. 2, S. 423, 424. Vergl. Kutſchker, über die gemiſchten Ehen, §. 40.

277) M. ſ. nur die Entſcheidungen der Congreg. Concilii Trid. vom 27. Januar 1728 an den Erzbiſchof von Cöln, vom 24. November 1742 u. a. (ſ. der die gemiſchten Ehen, Stuttgart 1827, 8., S. 46). Ueber die Verhältniſſe im preuß. Staate vergl. man meine oben cit. Schrift S. 25 flg.

278) Die Verhandlungen und ergangenen Erlaſſe finden ſich in den Denkſchriften der Höfe und ziemlich vollſtändig bei Andreas Müller, Lexikon des Kirchenrechtes a. a. O.

278a) S. allg. preuß. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 442, 443, und das oben Anm. 226 cit. neueſte Circular des Erzbiſchofs von Dunin.

aus dem Chriſtenthume belaſſen iſt [279]). Gegen diejenigen, welche überhaupt den gemiſchten Ehen die Natur des Sacramentes vom katholiſchen Standpunkte aus nicht zugeſtehen wollen, kann man ſich auch auf die Autorität Benedict's XIV. und Anderer beziehen, indem namentlich Jener äußert: **In divinis cum haereticis communicant catholici, qui cum iisdem sese matrimonio iungere non dubitant; etenim cum matrimonium unum sit ex septem ecclesiae sacramentis a Christo Domino institutum, idem est matrimonium cum haeretico contrahere ac unum idemque sacramentum una cum eodem vel conficere, si nimirum ipsimet contrahentes sint talis sacramenti ministri, quod magis communiter opinantur scholastici, vel saltem percipere, si scilicet, quod alii praesertim ex recentioribus theologis autumant, illius minister sit solus sacerdos** [280]). Der Unterſchied der activen und paſſiven Aſſiſtenz iſt in Beziehung auf die Wirkung gar nicht vorhanden [281]), und alſo nur angenommen, um die Mißbilligung der Kirche bei Eingehung einer ihr nicht wohlgefälligen gemiſchten Ehe auszudrücken.

Vom Geſichtspunkte des Staates ſtellt ſich das Verhältniß zum Theil anders dar, und iſt insbeſondere eine Trennung des Ehecontractes von dem Sacramente der Ehe wohl annehmbar; denn ein matrimonium legitimum nec ratum, oder ein ohne die Form des tridentiniſchen Decretes an ſolchen Orten, wo das Concil publicirt iſt, geſchloſſenes Ehebündniß kann der katholiſchen Kirche überhaupt nicht als Ehe, folglich auch nicht als Sacrament gelten. Eine blos vor der bürgerlichen Obrigkeit erfolgende Abſchließung der Ehe findet ſich ſchon früh in den Niederlanden. In Frankreich überließ Ludwig XVI. durch Verordnung vom 28. November 1787 ſeinen nichtkatholiſchen Unterthanen, ihre Geburten, Ehen u. ſ. w. durch die katholiſchen Geiſtlichen oder durch die Gerichtsbehörde auf civilrechtlich giltige Art ſicher zu ſtellen [282]). Ein königliches Decret vom 20. September 1792 überwies dann allgemeiner die Führung der Civilſtandsregiſter den Municipalbeamten [283]). Der Code Napoleon hat dieß beibehalten [284]), und ſo iſt dieſe bürgerliche Trauung noch üblich. Keineswegs ſollte aber dadurch die Einwirkung der Kirche ausgeſchloſſen werden, denn das Geſetz von 1792 überläßt es der Freiheit jedes Bür-

---

279) Dogmatik Bd. 3, S. 347; vergl. Deſſelben, über die Ehe, S. 108 S. auch Walter, Kirchenrecht, §. 295.

280) De synodo dioecesana, lib. VII. cap. V. §. 3.

281) Walter (Kirchenrecht, §. 295) äußert hierüber: Die Unterſcheidung einer activen und paſſiven Aſſiſtenz bei der Ehe iſt unzuläſſig, weil jede Aſſiſtenz auch diejenige, wobei er blos ſieht und hört, die Verbindung zu einem Sacramente macht, alſo eine wahrhaft active iſt.

282) S. Philippi, die Civilſtandesgeſetze in der königl. preuß. Rheinprovinz (Crefeld 1837, 8.), Einleit. S. XI.

283) Hermens, Handbuch der geſammten Staatsgeſetzgebung über den chriſtlichen Cultus u. ſ. w., Bd. 1 (Aachen u. Leipzig 1833, 8.), S. 292, 8.

284) Art. 165: Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicil de l'une de deux parties.

gers, die kirchliche Trauung [285]) nachzuholen [286]), und ſo hat die Sitte darauf hingewirkt, daß dieß wohl ohne Ausnahme geſchieht. Jedenfalls iſt durch die bürgerliche Trauung dem Staate ein geeignetes Mittel gegeben, den kirchlichen Umtrieben zu begegnen. Sie iſt daher auch in Bayern eingeführt [287]) und in Belgien wieder beſtätigt [288]).

In der evangeliſchen Kirche [289]) erklärte man ſich anfangs nicht mit Beſtimmtheit über die Form, in der eine Ehe geſchloſſen werden ſollte. Heimlich vollzogene Ehen erklärte Luther nur dann für nicht bindend, wenn ſie gegen trennende Ehehinderniſſe geſchloſſen waren, wozu beſonders die ohne Wiſſen und gegen den Willen der Eltern eingegangenen gehörten; doch forderte er, daß eigentlich die Ehe als ein öffentlicher Stand auch öffentlich geſtiftet werden ſolle. Die Einſegnung hielt er nicht für nothwendig, äußerte aber, daß auf Begehren dieſelbe zu ertheilen ſei [290]). Mit der Zeit ward aber die Anſicht über die Ehe als einen heiligen Stand mehr und mehr vorwaltend; die Kirchenordnungen ſchrieben nun vor, es ſolle die Ehe öffentlich in der Kirche geſchloſſen werden, und bedrohten die Uebertreter dieſer Vorſchrift mit Strafen. So iſt es denn zuletzt allgemeine Rechtsanſicht der Evangeliſchen geworden, daß die Copulation der Ehegatten unumgänglich nöthig ſei, und daß im Allgemeinen davon nicht dispenſirt werden dürfe [291]). Dieſem Grundſatze folgen auch die Particularrechte, welche die Wirkungen der Ehe erſt vom Momente der geiſtlichen Einſegnung abhängig machen, wie das preuß. Recht [292]) u. a. m. [293]).

---

285) Tit. VI. art. VIII: L'assemblée nationale, après avoir déterminé le mode de constater, désormais, l'état civil des citoyens, déclare qu'elle n'entend ni innover, ni nuire à la liberté qu'ils ont tous de consacrer les naissances, mariages et décès par les cérémonies du culte auquel ils sont attachés, et par l'intervention des ministres de culte. Hermens a. a. O.

286) Die kirchliche Trauung ſoll nicht vorhergehen. S. Code pénal art. 199, 200. Das Gegentheil iſt feſtgeſetzt für den zum Gouvernement Berg früher gehörigen Theil der Rheinlande. Verordnung vom 25. Auguſt (6. September) 1814.

287) Edict vom 8. Sept. 1808, §. 18.

288) Verfaſſ.-Urk. von 1831 (Pölitz, Samml. der europäiſchen Verfaſſ., Bd. 2, S. 238).

289) S. beſ. Heffter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder u. ſ. w. (Berlin 1836), S. 112 flg., und die daſelbſt cit. Literatur.

290) Vergl. Luther's Traubüchlein und Schrift von Eheſachen (Walch's Ausgabe von Luther's Schriften, Bd. 10, S. 893 flg.).

291) Heffter a. a. O. S. 120 flg. M. ſ. aber noch: Sahme, diss. de matrimonio legitimo absque benedictione secerdotali. Regimont. 1722, 4. v. Ludewig, ob auch ohne prieſterliche Trauung eine Ehe für chriſtlich und die in derſelben erzeugten Kinder für eheliche Leibeserben und Lehnsfolger zu halten? in ſeinen gelehrten Anzeigen, Th. 2, S. 320 (Halle 1744).

292) Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 136. S. überhaupt noch Bärenroth, preuß. geſetzliche Vorſchriften über Aufgebot und Trauung u. ſ. w. 2. Aufl. Berlin 1821, 8.

293) Auszüge bei Andreas Müller a. a. O. Bd. 1, unter dem Worte Copulation.

Die formellen Beſtimmungen ſelbſt ſind particularrechtlich verſchieden. In der Regel ſoll aber nur in der Kirche copulirt werden. Haustrauungen erfordern eine Dispenſation[294]), oder ſind ein Vorrecht adeliger und hoher Perſonen[295]). Auch wird in Nothfällen die Trauung außerhalb der Kirche verſtattet, wie bei Krankheiten u. a.[296]) Insbeſondere pflegt die Trauung auf dem Sterbebette bisweilen begünſtigt zu ſein, wogegen aber auch manche Geſetze die Wirkungen einer ſo geſchloſſenen Ehe beſchränken[297]). Rückſichtlich der Zeit kommt, wie bei den Katholiſchen, das tempus clausum in Betracht, eine kürzere oder längere Friſt in der Advent- und Faſtenzeit. Bald iſt während derſelben jede, bald nur eine laute Hochzeit verboten[298]).

Der Geiſtliche, welcher die Copulation verrichtet, muß ein im Amte ſtehender[299]) competenter ſein. Die Competenz, abhängig von den Brautleuten, iſt in den Geſetzen verſchieden beſtimmt. Die Regel ſpricht bald für den Pfarrer der Braut[300]), bald für den des Bräutigams[301]). Bisweilen wird auch dem Verlobten die Wahl gelaſſen, insbeſondere bei gemiſchten Ehen[302]), obgleich bei dieſen regelmäßig der Pfarrer des Bräu-

---

294) S. z. B. für Preußen Verordn. vom 14. Septbr. 1797 (v. Rabe, Sammlung preuß. Geſetze, Bd. 4, S. 247); Württemberg, Reſcr. v. 28. Jan. 1804; badiſche Verordn. v. 6. Dec. 1809, §. 18; kurheſſiſches Reg.-Reſcr. v. 29. April 1820.

295) So in Sachſen ein Vorrecht der Adeligen, graduirten und in Rathsbeſtallungen und vornehmen Collegien ſtehenden Perſonen, nach der Polizeiordn. vom 22. Juni 1661, Tit. 16, §. 1; Befehl vom 30. Jan. 1722; Reſcr. v. 15. Jan. 1808; Ordonnanz v. 19. Juli 1828, Th. 2, §. 69. Aehnlich in Hannover, ſ. Grefe, hannöverſches Privatrecht, Bd. 2, §. 89. — Großherz. Heſſen Verordn. v. 6. Sept. 1810.

296) Sächſ. Reſcr. vom 7. Nov. 1787. Preuß. Verordnung v. 11. Juni 1828, u. a.

297) Nach früherem franzöſiſchen Rechte fehlten einer ſolchen Ehe die bürgerlichen Wirkungen.

298) Stille Hochzeiten geſtattet das kurheſſiſche, das bayerſche Recht (Verordn. vom 21. Sept. 1813) u. a. Nach preuß. Rechte ſollen ohne Erlaubniß des Conſiſtoriums 8 Tage vor Weihnachten und 14 Tage vor Oſtern keine Trauungen vorgenommen, und in der Charwoche nur in dringenden Fällen und ohne Geſtattung eines Hochzeitmahles die Erlaubniß gegeben werden. S. das Anm. 294 cit. Edict und Reſcript vom 7. Mai 1818 (v. Kamptz, Annalen, 1818, H. 2, S. 349). In Hannover iſt nur die letzte Adventwoche und die Woche vor Oſtern tempus clausum (Geſetz vom 25. Jan. 1822, §. III, in der Geſetzſammlung deſſ. J. S. 65).

299) G. L. Böhmer, progr. de copulae sacerdotalis a deposito clerico furtim impetrato iniusto favore. Gotting. 1745, 4. S. Paalzow, de Ex-clerico copulante, in den Observat. ad ius Boruss. commune, fasc. II. (Berol. 1796, 8.) obs. XVIII.

300) Preuß. allgem. L.-R. Th. 2, Tit. 11, §. 435; auch bei Eximirten, Min.-Reſcr. v. 8. Aug. und 31. Oct. 1822. Aehnlich in Sachſen und andern Ländern.

301) So in Kurheſſen.

302) S. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 1, S. 765. S. auch badiſche Eheordnung v. 15. Juli 1807, §. 8.

tigams der competente iſt [303]), und dann eine Nachtrauung durch den Pfarrer der Braut geſtattet wird.

Da das Verhältniß der Ehegatten ein höchſt perſönliches iſt, die Begründung deſſelben daher durch die perſönliche Erklärung des Conſenſes als natürlich erſcheint, ſo würde die Copulation mittelſt eines Procurators immer bedenklich ſein. Das canoniſche Recht geſtattet nun zwar eine ſolche unter der Vorausſetzung eines Specialmandates [304]), doch kann die ausgeſprochene Einwilligung des Procurators immer nur als eine präſumtive und proviſoriſche betrachtet werden, welcher daher die nachträgliche und beſtimmte Erklärung des wirklichen Contrahenten folgen muß [305]). Particularrechtlich iſt dieſe Stellvertretung auch jetzt geſtattet [306]) und nur bei hohen fürſtlichen Perſonen allgemeiner hergebracht [307]).

5) Wirkungen der Ehe.

Die Wirkung der Ehe iſt die Realiſirung ihres Begriffes, alſo die Erzeugung der vollſtändigen Lebensgemeinſchaft ſowohl in perſönlicher, als dinglicher Beziehung. Die dingliche, alſo die vermögensrechtliche Seite dieſer Gemeinſchaft iſt durch die bürgerliche Geſetzgebung ſehr genau fixirt und bleibt nach dem ſchon oben angedeuteten Plane dieſes Aufſatzes hier unerörtert [308]). Das canoniſche Recht folgt hierbei lediglich dem römiſchen Rechte und der Praxis, die ſich im Mittelalter beim Gebrauche deſſelben feſtſtellte [309]).

Was die perſönliche Seite betrifft, ſo iſt ſowohl das Verhältniß der Gatten unter einander, als zu den Kindern näher in Betrachtung zu ziehen.

Die Ehegatten bilden eine Einheit und ſind verpflichtet, dieſelbe zu erhalten. Ihre Liebe darf daher nicht uneins werden durch Verletzung der gegenſeitigen Treue (Ehebruch im weiteſten Sinne, ſ. Anm. 388 flg.) [310]). Freude und Leid muß ihnen deßhalb auch gemeinſchaftlich ſein [311]), worauf die Trauungsformulare die Verpflichtung der Brautleute mit hinzurichten pflegen. Krankheit, Wahnſinn und jegliche Noth ſind deßhalb auch

---

303) So in Württemberg (Religionsedict vom 15. Octbr. 1806), Kurheſſen u. a.

304) S. c. ult. de procuratoribus in VI. (1. 19.)

305) Walter, Kirchenrecht, §. 294.

306) So nach dem öſterreich. Geſetzbuche Art. 76 (ſ. Wildner, iſt die Eingehung einer Ehe durch einen Bevollmächtigten dann giltig, wenn die Bewilligung der Landesſtelle dazu nicht erwirkt wurde? in der Zeitſchrift für öſterreich. Rechtsgelehrſamkeit von Dolliner und Kudbler, 1838, H. 3, Nr. 11).

307) Nur dieſe ſetzt das preuß. Recht voraus, indem es allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 167, dieſelbe bei Privatperſonen unterſagt.

308) Es genüge wegen der Literatur die Verweiſung auf Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. II. §. 260 sq.; Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes, Bd. 3, §. 381 flg.

309) M. ſ. deßhalb beſonders den Titel der Decretalen de donationibus inter virum et uxorem et de dote post divortium restituenda. (4. 20.)

310) S. oben Anm. 17, 18.

311) Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse? Ulpianus, lib. 33. ad Edictum in L. 22. §. 7. D. soluto matrimonio. (24. 3.)

nicht geeignet, Aufhebungsgründe der ehelichen Gemeinſchaft zu werden (ſ. aber unten Abſchn. 6). Die Einheit der Perſon bewirkt eigentlich, daß die Gatten ſich nicht gegenſeitig vor Gericht belangen können, weßhalb das römiſche Recht auch keine Klage gab, doch in das officium iudicis auch die Pflicht der Unterſtützung beider Theile gegen einander legte[312]). Zur geſchlechtlichen Gemeinſchaft (debitum coniugale, ſogen. ius in corpus, eheliche Pflicht) ſind ſich beide verpflichtet, jedoch in den Grenzen, welche leibliches Wohl und keuſcher Sinn gebieten[313]). Schon das moſaiſche Recht, dem die Kirche hierin folgte, ſchrieb vor, daß zu gewiſſen Zeiten Enthaltſamkeit beſtehen ſolle[314]); insbeſondere ſollte nicht alsbald nach dem Abſchluſſe der Ehe deren Conſummation eintreten[315]), wovon jedoch Dispenſation ertheilt wurde[316]). Anhaltende Verſagung verbietet aber das canoniſche Recht und die ſpäteren Geſetze[317]), ſo daß auch deßhalb geleiſtete Verſprechen zurückgenommen werden können[318]).

Die Rechte des Mannes insbeſondere concentriren ſich in der römiſchen manus, ſo wie im teutſchen Mundium. Steht eine Frau noch als filia familias in patria potestas, ſo kann doch der Vater, wenn er einmal den Conſens zur Ehe ertheilt, ſein Recht nicht mehr im vollen Umfange geltend machen, und dem Manne gebührt gegen das Interdict de liberis exhibendis, mit welchem der pater familias die Tochter abfordern könnte, eine exceptio, ſo wie reſp. eine Klage, wenn der Vater die nicht förmlich geſchiedene Frau zurückhalten wollte[319]). Bei der freien Civilehe wird dem Manne zwar keine förmliche Macht, wie bei der ſtrengen, zugeſtanden, doch mußte die Natur des ehelichen Verhältniſſes, nach welcher dem Manne die obere Leitung des Hausweſens gebührt, von ſelbſt auf eine gewiſſe Abhängigkeit führen. Im Weſen des teutſchen Mundiums iſt dieß Verhältniß noch beſtimmter gegründet, und nach chriſtlicher Anſicht iſt der Mann das Haupt der Familie, welchem gehorſamt werden muß[320]). Indem die Frau dem Mundium, dem Schutze des Mannes unterworfen iſt, iſt aber auch zugleich die Pflicht geſetzt, daß der Frau

---

312) Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. II. §. 256. not. 2.

313) J. J. Beck, von Leiſtung der ehelichen Pflicht. Nürnberg 1733, 4. S. 2. Moſis 21, 10.; 1. Corinther 7, 3—5.; c. 12. 14. 5. C. XXXII. qu. IV. (Hieronym. a. 386, 390); c. 3. C. XXXII. qu. II. (Augustin. a. 401); c. ult. X. de eo qui cognovit consanguineam uxoris (4. 13.) (Gregor IX. a. 1234). S. allg. preuß. L.-A., Th. 2, Tit. 1, §. 178—180.

314) S. den Art. Cölibat, Bd. 2, S. 682, Anm. 3. Vgl. C. XXXIII. qu. IV.

315) Conc. Carthag. IV. a. 398, c. 13 (c. ult. dist. XXIII.): Eadem nocte pro reverentia benedictionis in virginitate permaneant. C. 1. C. XXX. qu. V: Biduo vel triduo orationibus vacent.

316) Ius primae noctis.

317) 1. Corinther 7, 4. u. 5. C. 6. X. de raptoribus (5. 17.) (Lucius III. a. 1181). S. preuß. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 178, 694.

318) S. Tit. X. de conversione coniugatorum. (3. 32.)

319) L. 1. §. fin. D. de liberis exhibendis. (43. 29.) C. 11. C. de nuptiis. (5. 4.)

320) S. c. 12 sq. C. XXXIII. qu. V. — Des Mannes Entſchluß gibt in gemeinſchaftlichen Angelegenheiten den Ausſchlag. Allg. L.-R. Th. 2, Tit. 1, §. 184

Schutz und Unterhalt zu Theil werde [321]). Ihr gebührt der Name, der Rang, das Recht des Mannes. Namentlich theilt ſie ſein Forum und ſeinen Wohnſitz [322]). Verändert der Mann das Domicil, ſo iſt die Frau zu folgen verpflichtet, wenn nicht eine causa turpis Anlaß gibt, wie bei der Flucht [323]), bei geſetzwidrigem Auswandern, Gefängniß u. ſ. w., ſo wie wenn die Frau dadurch in ein Abhängigkeitsverhältniß geriethe [324]). Sonſt aber kann, weil es dem Weſen der Ehe widerſprechen würde, vom Manne darauf nicht verzichtet werden [325]), und es iſt daher eine Singularität des preußiſchen Rechtes, daß die Frau nicht folgen dürfe, wenn ihr dieſe Pflicht durch einen vor der Heurath geſchloſſenen Vertrag erlaſſen wurde [326]). Ueberhaupt ſcheinen Verträge, welche die perſönlichen Verhältniſſe der Ehegatten in beſtimmter Weiſe bindend modificiren, nicht beifallswerth, während hinſichtlich der vermögensrechtlichen Punkte beſondere Vereinbarungen ſelbſt nothwendig werden. Die Ehe zur linken Hand (ſaliſche, morganatiſche Ehe) iſt in dieſer Rückſicht beſonders bemerkenswerth [327]). Ihre Eigenthümlichkeit beſteht darin, daß vertragsmäßig die Frau nicht Rang und Stand des Mannes theilt und ſie ſelbſt, wie die Kinder durch eine beſtimmte Summe u. ſ. w. abgefunden werden, die gewöhnliche Succeſſion alſo ausgeſchloſſen wird. An ſich iſt dieſe Ehe aber eine in allen anderen Beziehungen kirchlich und bürgerlich wirkſame [328]), nach neueren Geſetzen jedoch nur bei Perſonen des hohen Adels oder in Folge beſonderer Dispenſation ſtatthaft [329]). Vgl. d. Art. Misheurath.

Mit dieſer Ehe darf man die ſogenannte Gewiſſensehe nicht verwechſeln [330]). Man verſteht darunter „eine Geſellſchaft zweier Perſonen verſchiedenen Geſchlechts, welche für ein ausſchließendes eheliches Beiſammenſein auf Lebenszeit, ohne Beobachtung kirchlicher Ehefeierlichkeiten, blos durch gegenſeitige Erklärung des Eheconſenſes errichtet wird", denn die ohne kirchliche Form und heimlich gehaltene Verbindung iſt, wenn auch unter Umſtänden die Kirche eine ſolche als Ehe ſollte betrachten wollen, bürgerlich nur als Concubinat zu beurtheilen. Die Wirkung einer vollſtändigen Ehe, hinſichtlich der Kinder, iſt bei einer ſolchen Verbindung auch nicht vorhanden.

---

321) L. 2. D. de iniuriis. (47. 10.) Allg. L.-R. cit. §. 185 flg.

322) L. 65. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 5. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) C. 9. C. de incolis. (10. 39.) C. 13. C. de dignitatibus. (12. 1.) —

323) S. aber c. 4. C. XXXIV. qu. I.

324) C. 24. C. de donat. inter V. et U. (5. 16.) Vergl. c. 2. C. ne uxor pro marito (4. 10.) u. a. S. Abr. Kästner, quatenus uxor maritum relegatum sequi teneatur. Lipsiae 1739. — Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 679 flg., vergl. §. 197.

325) S. Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes, §. 438, Note z. Vgl. Tittmann, diss. de competentia legum externarum etc. cap. III.

326) Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 682.

327) S. Mittermaier, teutſches Privatrecht, §. 398, 414.

328) Daher irrt z. B. Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechtes, §. 457, wenn er die morganatiſche Ehe dem römiſchen Concubinat gleichſetzt.

329) M. ſ. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 835 flg.; bayerſches Landrecht, Th. 1, Cap. 6, u. a. m.

330) S. Heffter a. a. O. S. 96 flg.

Die aus einer legitimen Ehe entſpringenden Kinder ſind ſelbſt legitim. Nach dem Grundſatze: **pater est quem nuptiae demonstrant**[331]), wird die Präſumtion feſtgehalten, daß ein Kind, das nicht vor dem 182. Tage nach Abſchluß, und nicht nach dem zehnten Monate nach Auflöſung einer Ehe geboren wird, ein Kind dieſes Vaters ſei[332]). Es iſt dieſes eine **praesumtio iuris et de iure**, die der Vater nur durch den Beweis der Unmöglichkeit ſeiner ehelichen Beiwohnung zu entkräften vermag. Weigert ſich aber ſonſt der Mann, das Kind anzuerkennen, ſo kann ihn die Frau durch die **actio de partu agnoscendo** dazu nöthigen[333]). Das canoniſche Recht folgt hierbei den Beſtimmungen des römiſchen Rechtes[334]), an welches ſich auch die particularen Geſetzgebungen in der Hauptſache anſchließen[335]).

Auch außerehelich gezeugte Kinder können in gewiſſem Umfange zu dem Rechte ehelicher durch nachfolgende Ehe ihrer Erzeuger gelangen (**legitimatio per subsequens matrimonium**)[336]). Um den Concubinat zu verdrängen und die Ehe der in demſelben lebenden Perſonen zu befördern, beſtimmte Conſtantin, daß durch Eingehung einer Ehe des Mannes mit der Concubine die Kinder zu legitimen erhoben werden ſollten. Zeno, Anaſtaſius, Juſtinus wiederholten die Vorſchrift, und Juſtinian machte ſie zu einer allgemeinen[337]). Die Annahme, daß hierbei die Fiction leitend geweſen ſei, als ob die im Concubinate Lebenden ſchon wirklich verheurathet geweſen, läßt ſich nicht rechtfertigen[338]).

Der Concubinat ward übrigens mit der Zeit mehr und mehr gemißbilligt und geſetzlich verboten[339]), und eine Gleichſtellung der Concubinenkinder (**liberi naturales**) mit anderen außerehelichen, aus einem Stuprum erzeugten (**spurii, vulgo quaesiti**) konnte nun wohl gerechtfertigt werden, da die früheren Vorzüge der **naturales** im Verhältniß zum Va-

---

331) **L. 5. D. de in ius vocando. (2. 4.)**

332) **L. 12. D. de statu hominum. (1. 5.) L. 6. D. de his qui sui vel alieni iuris. (1. 6.) L. 3. §. 11. 12. D. de suis et legitimis. (38. 16.) C. 4. C. de posthumis. (6. 29.)** — Iſt ein Kind vor dem ſechſten Monate geboren, und wird es vom Vater anerkannt, ſo gilt es ebenfalls für legitim. **C 11. C. de naturalibus liberis. (5. 27.) Nov. 89. cap. 8. §. 1.**

333) S. **Tit. Dig. XXV. 3.** Die Klage iſt auch **utiliter** bei unehelichen Kindern rückſichtlich der Alimentation derſelben zuläſſig.

334) Wegen des Beweiſes ſelbſt ſ. m. Walter, Kirchenrecht, §. 312.

335) M. ſ. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 1—7, und d reiche Literatur bei **Simson, quaestionum ex iure Prussorum civili spec men** (Habilitationsſchrift). **Regimontii 1840, 8.**

336) **Georg Jordens, de legitimatione disp. II. Trai. ad Rhe 1742, 1743,** und bei **Fellenberg, iurisprud. antiqua, T. II. nr. XVI** — Dieck, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ek Halle 1832, 8.

337) **C. 5. 6. 7. 10. 11. C. de naturalibus liberis. (5. 27.) §. 13. de nuptiis. (1. 10.) Nov. 12. cap. 4. Nov. 18. cap. 11. Nov. 74. ca 1. Nov. 78. cap. 4. Nov. 89. cap. 8.**

338) S. Prehn, ob die Legitimation außer der Ehe geborener Kin ſich in einer römiſchen Erdichtung gründe? Roſtock 1777, 4. Thibaut, Be ſuche, Bd. 1, Nr. 10.

339) S. den Art. Concubinat, Bd. 2, S. 772 flg.

ter u. ſ. w. weggefallen waren. Das canoniſche Recht erkennt daher auch erweitert die Legitimation der unehelichen Kinder durch nachfolgende Ehe an[340]). Der Einfluß des geiſtlichen Rechtes überwand auch die entgegenſtehende Anſicht des teutſchen, welches den Legitimirten alle Vorzüge beſtreiten wollte, und bewirkte, daß auch die weltlichen Gerichte das Recht der „Geeheten" anerkannten. So der Schwabenſpiegel im Art. 378, und beſonders der vermehrte Sachſenſpiegel, Buch 1, Cap. 3, Diſtinctio 1: „Nu werdin ouch kinder geborn naturlich, das ſint die, wo ein ledik wip und ein ledik man, ader eine ledige dirne mit eime ledigin knechte ſich czu ſampen miſchen, alſo das ſie, an alle globde, naturliche libe beginnen, kinder mit enander czu habin. Noch der kinder geburt nemen ſich zu der E. Die kinder ſint von gotis wegen und babiſtliſcher geſetcze geet, und nemen erbeteil an ihres vaters und muter gute." Bei der Entſcheidung dieſer Frage ſtatuirte aber Alexander III.[341]) eine Ausnahme, bezüglich der im Ehebruche erzeugten Kinder, über deren jetzige Geltung die Meinungen getheilt ſind. Manche erklären, die Legitimation der adulterini ſei hier darum ausgeſchloſſen, weil zur Zeit der Abfaſſung dieſer Decretale die Ehe zwiſchen Ehebrecher und Ehebrecherin überhaupt verboten geweſen[342]). Da dieß jedoch nicht richtig iſt[343]), hat man die Ausnahme auf den auch ſpäter unterſagten Fall des Ehebruches beſchränkt, nämlich wenn der Ehebrecher dem anderen Theile nach dem Leben getrachtet[344]). Dagegen erklären Andere, und zwar die Meiſten, die Ausnahme dadurch, daß nach der Intention des Geſetzes und dem Geiſte der Legitimation überhaupt zur Zeit der Erzeugung oder Geburt des Kindes außer der Ehe, wenigſtens die Möglichkeit der Ehe zwiſchen den Eltern dieſes Kindes vorhanden ſein müſſe[345]), und zwar ſchlechthin oder in Folge einer Diſpenſation (wie bei Inceſtuoſen), daß daher adulterini nicht legitimirt werden können, weil zur Zeit der Geburt derſelben die bereits beſtehende Ehe mit einer anderen Ehe unvereinbar geweſen. Auch jetzt ſind die Meinungen der Juriſten noch nicht ausgeglichen, und die Praxis ſelbſt iſt verſchieden. Die Anſicht, welche in den Fällen, wo der Ehebruch jetzt

---

340) S. c. 1. 6. 9. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

341) C. 6. X. cit. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius et ab hereditate repellendus, praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus: quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.

342) So J. H. Böhmer ad c. 6. X. cit., desgleichen in der dissert. de legitimatione ex coitu damnato natorum (Halae 1727, 4.), in den Exercitat. ad Pandectas T. I. nr. XX. p. 865 sq., und ius eccl. Prot. lib. IV. tit. XVII.

343) S. oben Anm. 197 flg. Vgl. Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrechte, Bd. 1, Nr. 1.

344) S. Schweikart, disp. de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis non deficiente. Regismonti 1823, 8.

345) S. van Espen, ius eccl. univ. P. II. tit. X. cap. IV. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, §. 311, und der daselbst cit. Benedict XIV. u. a. m.

kein Ehehinderniß mehr bildet, die Legitimation zuläßt, hat in neuerer Zeit mehr Anhang gefunden [346]).

Die nachfolgende Ehe hat übrigens die legitimirende Wirkung an ſich, und es bedarf dazu jetzt nicht mehr des Conſenſes der Kinder [347]), während nach römiſchem Rechte derſelbe erforderlich war, da homines sui iuris in eine bisher nicht vorhandene potestas geriethen. Nothwendig iſt indeſſen die wirkliche Ehe, nicht das bloße Verlöbniß [348]), denn Brautkinder ſind nicht legitim [349]). Als ſolche gelten aber nicht diejenigen, welche vor der wirklichen Eingehung der Ehe concipirt, jedoch erſt während bereits beſtehender Ehe geboren wurden.

Die Legitimität der Kinder iſt Folge einer wirklichen Ehe. Es kann daher zweifelhaft ſcheinen, ob dieſelbe auch dann behauptet werden könne, wenn nur eine vermeintliche Ehe (matrimonium putativum) vorhanden iſt, d. h. eine ſolche, die von den Contrahenten bona fide eingegangen worden, aber ſpäter als unzuläſſig erſcheint. Nach der gewöhnlichen Anſicht hat der Theil, welcher das der Ehe entgegenſtehende Hinderniß nicht kannte, alle Rechte eines wahren Ehegatten, und die Kinder erſcheinen in Beziehung auf beide Gatten als rechtmäßige [350]). Indeſſen muß man die Grundſätze des römiſchen und canoniſchen Rechtes hier ſondern, denn nach jenem muß quellenmäßig wohl das Gegentheil behauptet werden [351]), während das canoniſche Recht allerdings ſolchen Kindern das Prädicat von legitimen beilegt [352]), was auch neuere Geſetzgebungen anerkannt haben [353]).

Das rechtliche Verhältniß der Kinder zu den Eltern im Einzelnen ergibt ſich theils aus der Natur der Sache, theils aus der Pietät und dem Gehorſame [354]). Die Kinder haben Anſpruch auf Namen, Stand

346) S. Anm. 344 cit. Schweikart. Dieck, Anm. 336 cit. Eichhorn, Kirchenrecht, Th. 2, S. 451. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum, T. II. §. 294. not. 2. In Preußen anerkannt, ſ. Reſcr. vom 28. Februar 1818; desgleichen vom Oberappellationsgerichte zu Darmſtadt, ſ. Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Geſetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Heſſen, Bd. 1, S. 54 flg. (Darmſtadt 1830, 8.)

347) S. aber v. Buchholtz, iſt bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe die Einwilligung der Kinder nothwendig? in den juriſtiſchen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römiſchen Rechtes (Königsberg 1833, 8.), Nr. 18. Vergl. dazu die Reſcripte in Schunck's Jahrbüchern der juriſtiſchen Literatur, 1833, Bd. 22, H. 1, S. 47—50.

348) S. Mevius cit. bei Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes, §. 483, Note c.

349) Heffter, die Ebfolgerechte der Mantelkinder, §. 29, S. 163 flg.

350) S. z. B. Thibaut a. a. O. §. 409; Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römiſchen Rechtes, §. 230, u. a. m.

351) S. v. Buchholtz, können Kinder aus einer putativen Ehe für legitime Kinder gelten? in den juriſt. Abhandlungen Nr. 13.

352) C. 8. 10. 14. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.) Doch durfte das Aufgebot nicht unterlaſſen ſein. S. c. 3. §. 1. X. de clandestina desponsat. (4. 3.)

353) S. preuß. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 50 flg.; öſterreich. Geſetzbuch, Art. 160; Code civil art. 201, 202.

354) M. vergl. Thibaut a. a. O. §. 347 flg.; Mühlenbruch, §. 259; Mittermaier a. a. O. §. 361 flg. und a. a. O.

des Vaters, ſtandesmäßigen Unterhalt u. ſ. w., worüber ſchon das gemeine Recht, und insbeſondere die particularen Geſetzgebungen nähere Beſtimmungen enthalten[355]). Als bedeutungsvoll iſt hier beſonders die Stellung der Eltern rückſichtlich der Erziehung der Kinder ins Auge zu faſſen.

Die nächſte Entſcheidung über dieſen Gegenſtand gebührte nach römiſchem Rechte dem Vater wegen ſeiner potestas, und nicht minder nach teutſchem Rechte wegen des Mundiums. Beide Begriffe, obgleich verſchieden, ſchmolzen in der Anwendung jedoch mehr zuſammen, zumal ſeit das römiſche Recht in Teutſchland größeren Einfluß gewann. Indeſſen hatte auch das Chriſtenthum, die Kirche und die Volksſitte die Strenge des Rechtes modificirt, und der Mutter neben dem Vater eine verhältnißmäßige Mitwirkung erworben. Dieß hat denn die Feſtſtellung des particularen Rechtes mit beſtimmt, während freilich das gemeine Recht die alte Regel im Ganzen aufrecht erhalten hat. Demnach beſtimmt der Vater, und die Mutter wird mit ihrer berathenden Stimme vernommen. Was namentlich die religiöſe Erziehung der Kinder betrifft[356]), ſo hat der Vater darüber bis zu dem Alter des Kindes, in welchem dieſes ſich ſelbſt beſtimmen kann (annus discretionis), Entſcheidung zu treffen. Sind die Eltern derſelben Confeſſion zugethan, ſo wird ein weiteres Bedenken in der Regel nicht ſtattfinden[357]); anders aber, wenn die Ehe eine gemiſchte iſt[358]). Als gemeines Recht iſt die Beſtimmung des Vaters bis zum Discretionsjahre des Kindes anzuerkennen. Dieſes Jahr iſt bei den Evangeliſchen gemäß eines Concluſums des Corpus Evangelicorum vom 22. April 1752 das vierzehnte[359]), während die Katholiken ein feſtes Jahr nicht angenommen haben, daher auch die Landesgeſetze von einander abweichen[360]), und das 16., 18., 21. Jahr vorſchreiben. Das allgemeine Recht des Vaters kann aber nach manchen Geſetzen durch beſondere Verabredung beſchränkt werden, ſo nämlich, daß die Eltern ſich durch ein eigenes Pactum über dieſen Punkt vereinbaren. Dieß iſt der Fall in Bayern, Baden, Kurfürſtenthum und Großherzogthum Heſſen, Mecklenburg, Württemberg u. a. Dabei iſt denn mitunter vorgeſchrieben, daß ſolche Verträge nur vor Abſchluß der Ehe ſtatthaft ſind, während bisweilen auch während der Ehe unter gewiſſen Beſchränkungen dergleichen

---

355) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 58 flg.

356) S. Dürr, diss. de potestate patris circa religionem liberorum. Moguntiae 1755, 4., und in Schmidt, thesaurus iuris eccl., T. VI. nr. XVIII. Strube, rechtliche Bedenken, Bd. 1, Bedenken CXLIV.

357) Indeſſen kann ein ſolches doch eintreten, wenn z. B. jüdiſche Eltern nicht einig ſind, ob das Kind jüdiſch oder chriſtlich erzogen werden ſoll.

358) S. die oben Anm. 217 cit. Schriften. Dazu Mittermaier, Bemerkungen über die neueſte teutſche Geſetzgebung in Bezug auf religiöſe Erziehung der Kinder aus gemiſchten Ehen, in Elvers' Themis, Bd. 1, H. 1, Nr. 1, verb. mit Deſſelben teutſchem Privatrecht, §. 115. S. auch Sammlung einiger Landesgeſetze über gemiſchte Ehen. Berlin 1838, 8. (aus v. Kamptz Jahrbüchern der preuß. Geſetzgebung, Heft 101, beſonders abgedruckt).

359) S. den Art. Confirmation, Bd. 2, S. 927, Anm. 63.

360) S. Frey, kritiſcher Commentar über das Kirchenrecht, Th. 3, §. 216.

erlaubt werden, wie im Königreiche Sachſen nach dem Geſetze vom 1. Nov. 1836. Dagegen verbieten andere Geſetze wieder dergleichen Vereinbarungen, wie das preußiſche und hannöverſche Recht, und ſchreiben eine feſte Norm vor, oder geſtatten den Eltern ſich darüber zu vereinigen, ohne ſich aber binden zu können. So verordnet das preuß. Recht, daß die Kinder der Religion des Vaters folgen ſollen, wenn nicht der Wille der Eltern ein Anderes fordert (Allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 77, 78; Edict vom 21. Nov. 1803 und 17. Aug. 1825). Noch andere ſchreiben vor, daß die Kinder getheilt dem Geſchlechte der Eltern folgen (ſo früher das preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 76; Kurheſſen, Bayern u. v. a.).

Die in Preußen beliebte Anordnung hat viele Gegner, aber auch Vertheidiger gefunden, und ſcheint in der That wohl geeignet, in dieſer in vieler Hinſicht ſo ſchwierigen Angelegenheit als Muſter dienen zu können [361]).

Wegen der Erziehung unehelicher Kinder hat die Mutter zu beſtimmen, inſofern nicht wegen gewiſſer Rückſichten Beſchränkungen beſtehen, ſo wenn der Vater des Kindes ein Chriſt iſt [362]).

6) Aufloſung der Ehe.

Zum Begriffe der Ehe gehört die fortdauernde Gemeinſchaft, die Unauflöslichkeit. Eine Aufhebung der Ehe kann daher nur Folge einer phyſiſchen oder moraliſchen Unmöglichkeit ihres Fortbeſtehens ſein. Eine Auflöſung erfolgt deßhalb ipso iure durch den Tod [363]). Nach römiſchem Rechte hatte auch der bürgerliche Tod dieſe Wirkung, jedoch verſchieden bei der capitis diminutio maxima und media; denn während jene durch Vernichtung der juriſtiſchen Perſon des Individuums die Ehe ſelbſt zugleich zerſtörte, wenn nicht der andere Theil das Gegentheil wollte [364]), konnte bei der capitis diminutio media doch noch eine Reſtitution des verlorenen status erfolgen, und ſo durfte die Ehe auch nur als eine ihrer Wirkung nach ſuspendirte betrachtet werden. Daher konnte auch bei der Kriegsgefangenſchaft des Mannes die zurückbleibende Frau nur nach älterem Rechte in 5 Jahren, nach ſpäterem Rechte dagegen erſt dann eine neue Ehe eingehen, wenn der Tod des gefangenen Mannes feſtſtand [365]). Das neuere Recht ſtimmt mit gewiſſen Modificationen überein (ſ. unten).

Wenn eine Ehe nicht wirklich geworden, kann ſie natürlich auch nicht

---

361) M. ſ. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 227, 228. Vgl. meine Anzeige von Ammon's Schrift über die gemiſchten Ehen in den Jahrbüchern für wiſſenſchaftliche Kritik, 1839, Bd. 2, Nr. 18, 19.

362) S. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 2, §. 642, 643. Min.-Verordn. vom 11. April 1823. Cab.-Ordre, v. 21. Nov. 1834 (v. Kamptz, Jahrbücher, Bd. 21, S. 248; Bd. 44, S. 353, 354).

363) S. aber noch unten Abſchnitt 7.

364) Matrimonium quidem deportatione vel aquae et ignis interdictione non solvitur, si casus in quem maritus incidit non mutet uxoris affectum. C. 1. C. de repudiis. (5. 17.) Vgl. c. 24. C. de donat. inter V. et U. (5. 16.)

365) C. 7. C. de repudiis (5. 17.), verb. L. 8. 12. 14. §. 1. D. de captivis. (49. 15.) Nov. 22. cap. 7. Nov. 117. cap. 11.

aufgelöſt werden; indeſſen kann die Declaration ihrer Nichtexiſtenz erforderlich ſein, und dieſes iſt eigentlich der Fall bei der Nullität einer Ehe. Anders iſt es dagegen, wenn eine Ehe in der That eingegangen ward, aber im Verlaufe der Zeit aufhörte Ehe zu ſein. Hier tritt eine Auflöſung ein, Scheidung der Ehe.

Nullität der Ehe.

Da die Ehe als geſetzmäßige immer nur unter den geſetzlichen Vorausſetzungen mit Erfolg eingegangen werden kann, ſo iſt dieſelbe eigentlich gar nicht vorhanden, wenn dieſe Vorausſetzungen fehlen. Es iſt ein blos factiſches, kein rechtliches Verhältniß (matrimonium nullum). Sind die mangelnden Requiſite aber von der Art, daß ſie noch ſpäter erwirkt werden können, ſo wird die Ehe durch deren Nachholung eine rechtliche; iſt dieß hingegen nicht der Fall, dann muß das factiſche Verhältniß vernichtet werden. Die Scheinehe wird für null erklärt. Die einzelnen hier in Betracht kommenden Gründe ſind oben im dritten Abſchnitte nachgewieſen. Es entſcheiden alſo die trennenden, nicht zu beſeitigenden Ehehinderniſſe. Sind dieſes Privatimpedimente, ſo kann nur der verletzte Theil dieſelben geltend machen, aber auch darauf verzichten, was ſtillſchweigend durch fortgeſetzte Geſchlechtsgemeinſchaft, nachdem die Kenntniß des Hinderniſſes erlangt worden, geſchieht [366]). Der Beweis der Nullität kann übrigens nicht durch bloßes Geſtändniß oder deferirten Eid, ſondern nur durch Augenſchein und andere in concreto geeignete Mittel hergeſtellt werden [367]). Iſt das trennende Hinderniß ein öffentliches, ſo können nicht nur die Gatten, ſondern auch jeder Dritte die Klage anbringen, und der Richter iſt ſelbſt ex officio verpflichtet, darüber eine Unterſuchung anzuſtellen [368]). Hinſichtlich der Beweisführung ergeben ſich auch hier gewiſſe Beſchränkungen beim Gebrauche des Geſtändniſſes und Eides. Inſofern nämlich die Gefahr einer Colluſion vorhanden iſt, können dieſe Mittel nicht zur Anwendung kommen [369]); ſonſt aber werden ſelbſt ſolche Perſonen als Zeugen vernommen, die in anderen Fällen ſuspect oder ſogar unzuläſſig ſein würden, wie nahe Verwandte u. ſ. w., vorausgeſetzt nur, daß nicht allgemeine Verdachtsgründe gegen ſie ſprechen [370]).

Ueber das ganze Verfahren hat Benedict XIV. in der Conſtitution: Dei miseratione, vom 3. Nov. 1741, nähere Beſtimmungen erlaſſen [371]). Hiernach ſollen Nullitätsklagen nur vor dem Biſchofe oder dem Syno-

---

366) S. die oben Anm. 89 cit. Stellen. Verb. c. 4. X. qui matrimonium accusare possunt. (4. 18.)

367) Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 313, 347, 457.

368) Can. XXXV. qu. VI. C. 2. 6. X. qui matrimonium accusare possunt. (4. 18.) C. 7. X. de cognatione spirituali. (4. 11.) — C. 3. X. de divortiis. (4. 19.)

369) Mehr ſagt nicht c. 5. X. de eo qui cognovit consanguineam (4. 13.), und mit Unrecht iſt öfter die Anwendbarkeit dieſer Mittel Seitens der Ehegatten allgemein ausgeſchloſſen worden. M. vergl. darüber die weitere Ausführung im Art. Eid.

370) C. 3. C. XXXV. qu. VI. C. 3. X. qui matrim. accusare. (4. 18.) Vgl. c. 22. X. de testibus. (2. 20.)

371) Bullar. Magnum. T. XVI. p. 48 sq.

balgerichte verhandelt werden. An der Verhandlung ſoll ein Vertreter der Giltigkeit der Ehe (defensor matrimonii), für welche überhaupt im Zweifel zu ſprechen iſt [372]), Theil nehmen. Wird gegen Aufrechthaltung einer Ehe entſchieden, ſo ſoll der Defenſor auch gegen den Willen der Parteien ex officio das Rechtsmittel ergreifen und in ähnlicher Weiſe auch bei den folgenden Inſtanzen fungiren.

Iſt die Nullität gegründet, ſo wird die Ehe aufgehoben, und zwar ex tunc, d. h. bis auf den Anfang hin [373]), wenn nicht ein matrimonium putativum beſtand (ſ. oben Anm. 350—353). Die bisher verheuratheten Perſonen ſind jetzt wieder frei und können eine neue Ehe ſchließen; doch geht das Nullitätserkenntniß nicht dergeſtalt in Rechtskraft über, daß es nicht wieder angefochten und den Umſtänden nach aufgehoben werden könnte, da es ſich um eine causa publica handelt [374]). Sollte daher in Folge einer Herſtellung der erſten annullirten Ehe die ſpäter geſchloſſene zweite Ehe annullirt werden müſſen, ſo würde dieſe in ihren Folgen als ein matrimonium putativum zu beurtheilen ſein [375]).

Die evangeliſche Kirche und die Particularrechte [375a]), folgen im Ganzen dieſen Grundſätzen, die aber doch in der Anwendung beſondere Schwierigkeiten machen, nämlich bei gemiſchten Ehen und dann, wenn die Principien des Staates und der Kirche nicht harmoniren. Iſt eine Ehe nec legitimum, nec ratum, ſo wird immer das Nullitätsurthel unbedenklich ſcheinen, es möge vom geiſtlichen oder weltlichen Richter gefällt werden. Iſt dagegen eine Ehe legitimum nec ratum, und hat der geiſtliche Richter die Cognition, dann entſteht Bedenken, und eine Ausgleichung der Ehegeſetzgebung wird hier dringendes Bedürfniß. Nach der preußiſchen Conſtitution vom 25. Auguſt 1796, §. 4, ſoll das canoniſche Recht von den geiſtlichen Gerichten bei rein katholiſchen Ehen hinſichtlich der Annullirung gebraucht werden [376]). Das Reſcript vom 17. Juli 1800, Nr. 12, beſtimmt aber, daß in ſolchen Colliſionsfällen das preuß. Recht vorgehe [377]). Daher ward auch im Jahre 1816 eine zweite nach Annullirung einer erſten geſchloſſenen und nach Herſtellung derſelben ſelbſt vom geiſtlichen Gerichte annullirte Ehe als bürgerlich noch beſtehend anerkannt [378]).

Eheſcheidung.

Eine wirklich giltige Ehe wird aufgelöſt durch Scheidung. Die Grundſätze darüber ſind in den verſchiedenen Rechten ſehr abweichend.

---

372) C. 26. X. de sentent. et re iudic. (2. 27.) C. 1. X. de consanguin. (4. 14.)

373) C. 5. X. de donat. inter V. et U. (4. 20.)

374) C. 7. 11. X. de sent. et re iud. (2. 27.) C. 5. 6. X. de frigidis et malefic. (4. 15.)

375) S. Eichhorn, Bd. 2, S. 460, 461. S. Anm. 378.

375a) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 962 flg. Code civil art. 201, 202.

376) Leman, weſtpreuß. Provinzialrecht, Bd. 2, S. 372.

377) Leman a. a. O. S. 433.

378) Reſcript vom 10. October 1816 (v. Kamptz, Jahrbücher der preuß. Geſetzgebung, Bd. 8, S. 239).

Obgleich das römiſche Recht[379]) die Ehe in ihrer höheren Bedeutung nicht verkannte, ſo wollte es doch der Freiheit des Willens ſo wie der Begründung auch bei der Beendigung derſelben möglichſten Vorſchub thun und höchſtens indirect oder von der religiöſen Seite her die Dauer des Bündniſſes ſichern. Lange wirkte auch die Sitte vortheilhaft, wenigſtens inſofern, als nicht grundloſe Scheidungen vorkamen, denn die Scheidung des Carvilius Ruga[380]) im Jahre Roms 523 war gewiß nicht die erſte, aber doch wohl das erſte Beiſpiel einer calumniöſen Trennung, welche Veranlaſſung ward, ſich durch cautiones rei uxoriae wegen der Rückgabe des Vermögens der Frau gegen Willkürlichkeiten des Mannes zu ſichern. Die Scheidung ſelbſt war übrigens ein bloßer Privatact, jedoch nicht ohne beſtimmte Formen; denn bei der ſtrengen Civilehe war die Diffarreatio bei der confarreirten Ehe nöthig, ſo wie eine Remancipatio bei der Coemtio, und bei der freien Ehe verordnete die lex Iulia de adulteriis die Anwendung der ſchriftlichen Erklärung vor Zeugen. Im Allgemeinen war es auch gleichgiltig, ob die Scheidung von einer oder von beiden Seiten verlangt wurde, und ob genügende Gründe dazu vorhanden waren oder nicht, und nur inſofern zeigte ſich eine Verſchiedenheit, als bei einſeitiger Trennung ohne iusta causa den ſchuldigen Theil gewiſſe Vermögensnachtheile trafen. Später erfuhren dieſe Grundſätze aber bedeutende Modificationen, denn eine willkürliche Trennung, wenn auch mit Uebereinſtimmung beider Theile (divortium bona gratia), ſollte nicht mehr ſtatthaft ſein[381]), und eine einſeitige Scheidung (ob indignationem) ſollte ſtets nur ex iusta causa erfolgen, wozu gerechnet wird: Conſpiration gegen den Staat, wenn Einer dem Anderen nach dem Leben trachtet oder gegen gefährliche Nachſtellungen nicht ſchützt, wenn die Frau ſich heimlich aus dem Hauſe entfernt, eigenmächtig öffentlichen Schauſpielen beiwohnt, mit Männern Zuſammenkünfte hält oder badet, ſo wie wenn der Mann die Frau zu verkuppeln ſucht, ſie fälſchlich des Ehebruches anklagt, und ſelbſt nach zweimaliger Warnung den ungeziemenden Umgang mit anderen Frauen nicht aufgibt[382]), u. a. m. Dieſe Beſtimmungen waren indeſſen nur Ausfluß einer lex minus quam perfecta, indem eine dagegen bewirkte Scheidung doch anerkannt blieb und nur Strafe eintrat[383]).

Bei den Juden war die Scheidung gleichfalls freigeſtellt; denn wenn

---

379) Wächter, über Eheſcheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822, 8. Haſſe, Güterrecht der Ehegatten, Bd. 1, §. 40 flg., S. 129 flg.

380) v. Savigny, über die erſte Eheſcheidung zu Rom; in den Abhandlungen der berliner Akademie der Wiſſenſchaften für d. J. 1814—1815 (Berlin 1817, 4.), S. 61—66, wiederholt mit Zuſätzen in der Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft, Bd. 5, Nr. 7.

381) Nov. 134. cap. 10. 11. (Nov. 140, nach welcher das ältere Recht hergeſtellt werden ſollte, kommt hier nicht in Betracht, da ſie von Juſtinian's Nachfolger herrührt und überdieß nicht gloſſirt iſt.)

382) Nov. 117. cap. 8—14.

383) S. C. un. §. 7. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.) C. 12. §. 1. C. qui potiores in pignore (8. 18.) u. a.

ein Mann ſeine Frau um eines Ekels willen[384]) nicht mehr behalten wollte, durfte er ihr einen Scheidebrief geben und ſie entlaſſen. Was unter dem Ekelhaften zu verſtehen ſei, darüber war man um Chriſti Zeit nicht einig, und es ſtritten deßhalb die Schulen des Schammai und Hillel. Jene erklärten den Ausdruck durch: Unanſtändigkeit in That und Wort, die Hillelianer dagegen deuteten ihn von Allem, was irgend mißfällig und unangenehm wäre, und dieſe letztere Anſicht fand mehr Beifall. Beides ward von Chriſtus verworfen, und vielmehr gelehrt, daß eine Scheidung nie nach menſchlichem Willen erfolgen ſolle. Nur um des Ehebruches willen (ἐπὶ πορνείᾳ) dürfe ſich der Mann vom Weibe ſcheiden[385]); ſonſt aber ſind die Gatten nicht zwei, ſondern ein Fleiſch, und was Gott zuſammengefügt, ſoll der Menſch nicht trennen. Insbeſondere wird auch die nach willkürlicher Trennung erfolgte Wiederverheurathung gemißbilligt[386]), was auch die Apoſtel des Herrn wiederholen[387]). Ueber die Auslegung und Anwendung der bibliſchen Ausſprüche entſtanden bald verſchiedene Anſichten, welche eine abweichende Praxis veranlaßten. Auf zwei Punkte mußte es hier aber ankommen, nämlich welche Gründe zur Scheidung hinreichend ſeien, und ob nach erfolgter Scheidung eine neue Ehe geſchloſſen werden dürfe.

Chriſtus hatte erklärt, Scheidung könne nur ſtattfinden ἐπὶ πορνείᾳ. Darunter verſtand man bald nur den Ehebruch im ſtrengſten Sinne, bald dehnte man dieſen Ausdruck auf andere Vergehen aus, indem man eine moechia carnalis und spiritualis unterſchied[388]). Darüber, ob der vom Ehebrecher geſchiedene unſchuldige Theil eine neue Ehe eingehen könne, bildete ſich eine entgegengeſetzte Anſicht. Manche geſtatteten die Wiederverheurathung[389]), Andere verwarfen ſie[390]). Im vierten Jahrhundert war auch darüber noch keine feſte Regel; denn während das Concil von Eliberis von 313 der geſchiedenen Frau die neue Ehe verbietet, gibt das Concil zu Arles von 314 dem Manne den Rath, während des Lebens der ehebrecheriſchen Frau ſich nicht wieder zu vermählen[391]). —

384) Ervath dabar, 5. Moſis 24, 1., durch die Septuaginta überſetzt: ἄσχημον πρᾶγμα, Vulgata: propter aliquam foeditatem, bei Luther: um einer Unluſt willen; vergl. überhaupt Tholuck, Auslegung der Bergpredigt Chriſti, S. 245 flg.

385) Ev. Matth. 5, 31. u. 32.; 19, 8. u. 9., vergl. 1. flg.

386) S. die vorige Anm. verb. Marci 10, 2. flg.; Lucä 16, 18.

387) Römer 7, 3. 1. Corinther 7, 10., 11., 39. Epheſer 5, 28. flg.

388) So Hermas Pastor mandat. IV. (c. 6. Can. XXVIII. qu. I. vgl. c. 7. C. XXXIV. qu. I. II.): Non solum moechatio est illius, quae carnem suam coinquinat, sed etiam quae simulacrum facit moechatur. C. 11. Can. XXXII. qu. IV. (Augustin.), und die Kirchenväter zu Matth. 5, 31. u. 32. S. Anm. 408.

389) S. Ambrosiaster ad 1. Corinth. 7, 15. (c. 17. C. XXXII. qu. VII.) S. Anm. 391. Epiphanius advers. haeres. cap. LIX. nr. 4. S. auch Constit. Apostol. lib. VI. cap. 15 u. a.

390) Hermas not. 388 cit. Tertullian. de patientia cap. XXII. u. a. a. O. Hieronymus in c. 7. Can. XXXII. qu. VII.

391) C. 8. 9. Conc. Eliberit. in c. 8. C. XXXII. qu. VII. — Concil. Arelat. c. 10. (Vielleicht iſt hier auch nur der Unterſchied beider Geſchlechter

Entſcheidend ward jedoch die Autorität Auguſtin's. In der Schrift de fide et operibus, lib. IV. cap. 19, drückt er ſich noch zweifelnd aus: Quisquis etiam uxorem in adulterio deprehensam dimiserit et aliam duxerit, non videtur aequandus eis, qui excepta causa adulterii dimittunt et ducunt. Et in ipsis divinis sententiis ita obscurum est, utrum et iste, cui quidem sine dubio adulteram licet dimittere, adulter tamen habeatur, si alteram duxerit, ut quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur. Mit Beſtimmtheit äußert er ſich dagegen in der Erklärung der Bergpredigt, in der Schrift de coniugiis adulterinis u. a. m.[392]), daß ein Geſchiedener bei Lebzeiten des anderen Theiles nicht wieder heurathen dürfe, da das vinculum der Ehe erſt durch den Tod aufgelöſt werde. Dieſe Anſicht ward in der ſpäteren Geſetzgebung feſtgehalten[393]) und iſt vom Concil von Trient beſtätigt worden[394]).

Die kirchliche Lehre ward aber keineswegs ſofort praktiſch, indem ſowohl im römiſchen Reiche, als bei den Germanen zweite Ehen der Geſchiedenen fortwährend vorkommen, auch geſetzlich wirkſam ſind[395]). Die Kirche ertheilte ſtets den Rath, unvermählt zu bleiben, ſuchte auch durch Auferlegung von Pönitenzen einzuwirken, und hat ſeit dem zwölften Jahrhunderte das Princip zur allgemeinen Geltung gebracht. Die griechiſche Kirche folgte jedoch demſelben nicht und geſtattete wegen Ehebruches eine Scheidung quoad vinculum matrimonii[396]). Vergebens bemühte man ſich zu Rom bei den Unionsverſuchen die Griechen zur Annahme der katholiſchen Praxis zu bewegen, und ſo ſah man ſich auch zu Trient genöthigt, die Lehre ſelbſt mit beſonderer Vorſicht zu fixiren. Man hatte anfangs die Abſicht, dieſelbe dogmatiſch zu beſtimmen mit den Worten: Si quis dixerit, matrimonium in casu adulterii solvi posse, anathema sit, ließ aber der Griechen wegen davon ab, und faßte den Satz alſo: Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum docuit et docet, iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam propter adulterium alterius coniugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero coniuge vivente, aliud matrimonium contrahere, moecharique eorum, qui dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae dimisso adultero, alii nupserit, anathema sit[397]). Man hat

---

hervorgehoben, da man geneigt war, nur der Frau, nicht dem Manne die zweite Ehe zu unterſagen; worauf auch die Anm. 389 cit. Stelle des Ambrosiaster hinführt: Non subdit de viro, quod de uxore praemisit, quia viro licet ducere aliam.)

392) Bei Gratian in c. 1 sq. 6. 10. Can. XXXII. qu. VII.

393) S. z. B. c. 2. 7. X. de divortiis (4. 19.) u. v. a.

394) Sess. XXIV. can. 7 de sacram. matrim.

395) S. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 465 flg.

396) S. die Belege bei Walter, §. 315.

397) M. vergl. über die Verhandlungen Pallavicini, historia Conc. Trid. lib. XXII. cap. 4.

daher erklärt, es ſei dieſes kein eigentliches Dogma, aber auch nicht bloße Disciplin, ſondern ein doctrineller Satz[398]).

Von der Regel, daß eine Ehe quoad vinculum nicht durch Scheidung aufgelöſt werden könne, ſtatuirt die katholiſche Kirche aber noch folgende Ausnahmen:

a) Wenn von zwei nicht chriſtlichen Ehegatten der eine ſich zum Chriſtenthum bekehrt, der andere aber die Ehe nicht friedlich fortſetzen will, dann iſt jener im Falle der Scheidung vom Bande gelöſt. Dieſer von der katholiſchen Kirche auf 1. Corinther 7, 12. flg. baſirte Grundſatz[399]) iſt öfter bezweifelt worden, jedoch in Folge wiederholter Erklärungen der römiſchen Biſchöfe, dann auch wieder vertheidigt[400]). Für den umgekehrten Fall, wenn von zwei chriſtlichen Gatten der eine den Glauben aufgibt, gilt dieß aber nicht[401]), und am allerwenigſten würde dieſe Regel auf das Verhältniß bei einer gemiſchten Ehe anwendbar erſcheinen[402]).

b) Wenn bei einem matrimonium ratum vor der Conſummation der eine Theil das feierliche Gelübde der Keuſchheit ablegt, ſo wird dadurch das Eheband gelöſt[403]). Iſt dagegen ſchon eheliche Beiwohnung erfolgt, ſo kann nur mit Einwilligung des anderen Theiles die Ehe aufgehoben werden, das vinculum bleibt aber beſtehen und eine Wiederverheurathung des nicht Profeß leiſtenden Theiles iſt unzuläſſig[404]).

Der eigentliche Grund, auf welchem die Unauflöslichkeit der Ehe dem Bande nach in der katholiſchen Kirche beruht, iſt beſtritten. Bald hat man angenommen, dieſe Wirkung folge aus dem Begriffe der Ehe ſelbſt, bald, ſie ſei mit der Sacramentalität der Ehe verbunden[405]). Die letztere Annahme würde immer das große Bedenken gegen ſich haben, als ob es wirkliche Ehen in der katholiſchen Kirche geben könne, welche nicht Sacramente ſeien[406]).

---

398) S. Kopp, die katholiſche Kirche im neunzehnten Jahrhundert (Mainz 1830, 8.), S. 358 flg., S. 397.

399) S. Can. XXVIII. qu. I. C. 7. 8. X. de divortiis. (4. 19.)

400) S. Benedict. XIV. de baptismo Iudaeorum d. a. 1747, §. 58 u. a.; de synodo dioecesana lib. VI. cap. IV. lib. XIII. cap. XXI. Berg, über das Eheband. Eine dogmatiſch-kirchenrechtliche Abhandlung über 1. Corinther 7, 15. Münſter 1829, 8. Binterim, quaestio de libertate coniugis infidelis, factae fidelis, si infidelis alter recuset cohabitare pacifice nec sine contumelia creatoris. Confluentibus 1834, 8.

401) C. 7. X. de divortiis. (4. 19.)

402) S. den unten Anm. 419 cit. Wiedenfeld S. 30 (vergl. meine Anzeige in Richter's krit. Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, 1837, Bd. 2, S. 1014).

403) C. 27. 28. Can. XXVII. qu. II. C. 2. 7. 14. X. de conversione coniugatorum (3. 32.) u. a. m. Conc. Trident. sess. XXIV. can. 6. de sacram. matrim.

404) C. 19. 21. 22. 25. 26. Can. XXVII. qu. II. C. 4. 7. 8. 13. 18. X. de convers. coniug. (3. 32.)

405) Vergl. c. 7. X. de divortiis. (4. 19.) Conc. Trid. sess. XXIV. de ref. matr. sub init. — Walter, §. 313. Eichhorn, Bd. 2, S. 481, 482.

406) S. oben Anm. 279. Uihlein, in Weiß' Archiv der Kirchenrechtswiſſenſchaft, Bd. 5, H. 3 u. 4, S. 263.

Indem die katholiſche Kirche eine Trennung der Ehe quoad vinculum nicht geſtattet, doch aber Fälle unvermeidlich ſind, in denen Ehegatten ihre Gemeinſchaft zu erhalten nicht wohl genöthigt werden können, ſo wird eine Scheidung zugelaſſen, bei welcher das vinculum matrimonii fortdauert, eine bloße Trennung von Tiſch und Bett (separatio quoad mensam et thorum), und zwar eine beſtändige (perpetua) oder zeitige (temporaria). Das Concil von Trient erklärt darüber: Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter coniuges, quoad torum seu quoad cohabitationem, ad certum incertumve tempus fieri posse decrevit, anathema sit[407].

Die separatio perpetua, welche die Gatten bis zum Tode ſcheidet, erfolgt

a) wegen des Ehebruches, der aber in weiterer Bedeutung als Verletzung der ehelichen Treue auch auf Lebensnachſtellung u. ſ. w. mit ausgedehnt wird[408]. Zum Beweiſe genügt dabei dringender Verdacht[409]. Zwang, Irrthum u. ſ. w. hebt aber den Begriff des Verbrechens auf, folglich auch den Grund zur Trennung[410]. Auch wird hierauf nicht geachtet, wenn der Kläger ſelbſt die Ehe gebrochen[411], oder der unſchuldige Theil dem anderen Verzeihung angedeihen ließ, ausdrücklich[412] oder ſtillſchweigend, durch Leiſtung der ehelichen Pflicht[413].

b) Die bösliche Verlaſſung wird von der Theorie und Geſetzgebung als gleich wirkſam betrachtet[414], doch iſt die Praxis abweichend. Wichtig wird beſonders die Verlaſſung überhaupt im Zuſammenhange mit der darauf folgenden Todeserklärung. Leo X. erklärt darüber in einem Breve d. d. 5. Idus Augusti 1515: Quodque ordinarii vel eorum vicarii facta diligenti sufficientia, quod capti ab infidelibus sunt mortui aut quod de eorum vita certitudo aliqua ha-

407) Sess. XXIV. can. 8 de sacram. matrim.

408) S. oben cit. Anm. 199 flg. Anm. 388. C. 23. Can. XXXII. qu. V. C. 12—15. C. XXXII. qu. VII. C. 1. 5. X. de divortiis. (4. 19.)

409) C. 27. X. de testibus. (2. 20.) C. 12. X. de praesumtionibus. (2. 23.) Ueber die Erklärung der Worte: nudus cum nuda, ſ. Brinkmann, wiſſenſchaftlich praktiſche Rechtskunde, Bd. 1 (Schleswig 1831, 8.), Nr. 11.

410) S. c. 3. 4. 7. 14. Can. XXXII. qu. V. — C. 1. 6. C. XXXIV. qu. I et II. Auch Verleitung durch den anderen Ehegatten kommt hier in Betracht. C. 6. X. de eo qui cognovit consanguin. (4. 13.)

411) C. 1. C. XXXII. qu. VI. C. 4. 5. X. de divortiis. (4. 19.) C. 6. 7. X. de adulteriis. (5. 16.)

412) C. 25. X. de iureiurando. (2. 24.)

413) Vergl. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen, Bd. 1 (Greifswald 1826, 8.), Nr. 13, S. 11. Uihlein und Weiß, in Weiß' Archiv der Kirchenrechtswiſſenſchaft, Bd 4, S. 39 flg., 299 flg.; Bd. 5, H. 2, S. 160 flg., 171 flg.

414) Declaration Pius VI. vom 11. Juli 1789. Eichhorn, Bd. 2, S. 471. S. aber v. Weber, über beſtändige Sonderung von Tiſch und Bett nach canoniſchem Rechte, in der Zeitſchrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächſt in dem Königreiche Sachſen, herausgeg. von dem voigtländiſchen Vereine (Leipzig 1838), Bd. 2, H. 1, Nr. 2, S. 6 flg.

beri non potest, licentiam cum aliis contrahendi infra terminum arbitrio statuendum dare libere et licite valeant. Manche Ordinariate befolgen demgemäß die Grundſätze über Todeserklärung nach erfolgter Edictalcitation und dem Ablaufe einer beſtimmten Zeit, während andere eine gerichtliche Todeserklärung nicht für ſicher genug halten, um den Tod zu beweiſen, und daher noch Vernehmung von Zeugen oder andere eine moraliſche Sicherheit gewährende Beweismittel für den Tod eines Verſchollenen begehren.

c) Der vorhin erwähnte Fall der Anm. 404.

Iſt eine dauernde Separation ausgeſprochen, ſo kann dieſelbe doch wieder aufgehoben werden, und es ſteht dem unſchuldigen Theile frei, den anderen wieder aufzunehmen, was jedoch erſt nach ſtrenger Buße geſchehen ſoll. Hat aber der Unſchuldige ſpäter ſelbſt gefehlt und die im Bande noch beſtehende Ehe verletzt, dann iſt er zur Herſtellung der Ehe ſogar genöthigt [415]).

Die katholiſche separatio perpetua wird particularrechtlich oft der völligen Scheidung quoad effectus civiles gleichgeſetzt [416]), und dem Gewiſſen der Getrennten überlaſſen, ob ſie eine zweite Ehe ſchließen wollen.

Die separatio temporaria [417]) erfolgt aus verſchiedenen Gründen, namentlich gegenſeitiger Haß und Feindſchaft, Abfall des einen Theiles vom katholiſchen Glauben und Gefahr der Verführung für den anderen, anſteckende Krankheit und andere nach den Umſtänden zu ermeſſende Urſachen [418]). Eine ſolche Trennung erfolgt auf beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit und ändert zunächſt an den rechtlichen Verhältniſſen des ehelichen Bundes nichts, bis etwa die zeitliche in eine perpetuirliche Separation verwandelt werden muß.

In der evangeliſchen Kirche wurde alsbald die Theorie des canoniſchen Rechtes über die Eheſcheidung verlaſſen und eine abweichende Interpretation der hierher gehörenden Stellen der heiligen Schrift, von welcher man auszugehen entſchloſſen war, angenommen. Man erklärte, daß Chriſtus zunächſt nur jede willkürliche Trennung einer rechtmäßigen Ehe verboten. Rechtmäßig iſt die Ehe, welche Gott durch die Obrigkeit geſchloſſen hat, und die daher auch nur rechtmäßig durch die Obrigkeit wieder getrennt werden kann. Wo die Trennung zuläſſig erachtet wird, iſt ſie eine vollſtändige, ſo daß das Band der Ehe ſelbſt damit aufgelöſt wird. Es iſt ſomit Trennung und Wiederverheurathung ſtatthaft, jedoch nur in dem Falle der πορνεία. Dazu gehört im Sinne Chriſti die gröbſte Form der Hurerei und die Untreue in den mannigfaltigen Abſtufungen bis zum ſtillen Begehren des Herzens nach einem fremden Weibe.

---

415) C. 5. X. de divortiis. (4. 19.)

416) S. z. B. allgem. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 734; großherz. ſachſen-weimar. Geſetz v. 7. Oct. 1823, §. 48.

417) S. Vermehren, über zeitige Scheidung von Tiſch und Bett; in Weiß, Archiv der Kirchenrechtswiſſenſch., Bd. 5, H. 2, Nr. 7, S. 125 flg.

418) S. X. IV. 8. de coniugio leprosorum; IV. 19. de divortiis; IV. 20. de donat. inter V. et U.

Unter den beſtehenden unvollkommenen Verhältniſſen ſind hierbei aber gewiſſe Grenzen zu ziehen, ſo daß als Scheidungsgrund nur diejenige πορνεία anerkannt werden darf, bei welcher die Untreue zugleich animo et corpore erfolgt. Darnach würde nur Unzucht und Verlaſſung des Ehegatten im ſtrengſten Sinne hierher gehören und die geringeren Fälle würden nicht geeignet ſein, eine vollſtändige Scheidung zu bewirken[419]).

Die Reformatoren erklärten gleich anfangs, daß eine wirklich geſchiedene Ehe nicht das vinculum fortbeſtehen laſſe, was die ſchmalkaldiſchen Artikel beſtätigten[420]), und verwarfen andererſeits die Trennung des Ehebandes wegen professio religiosa[421]). Ueber die Scheidungsgründe ſelbſt wechſelten die Anſichten. Anfangs betrachtete Luther als ſolche: Impotenz, Ehebruch, böſliche Verlaſſung, ſpäter nur conſtatirte Hurerei oder Ehebruch[422]). Melanthon fügte dazu noch: saevitia, veneficia, insidiae vitae structae[423]). Calvin folgte der ſtrengeren, Zwingli der milderen Anſicht. Die Kirchenordnungen nahmen meiſtens nur Ehebruch und böſliche Verlaſſung an, doch wurden dieſe Gründe mit der Zeit analog erweitert, und durch eine laxe Anwendung oft bedeutend vermehrt. In den verſchiedenen Geſetzgebungen und bei den Schriftſtellern finden ſich daher als Scheidungsurſachen 1) Ehebruch, 2) böſliche Verlaſſung, 3) Verweicherung der ehelichen Pflicht, 4) Haß und Feindſchaft, 5) Lebensnachſtellung, 6) Verhinderung der Zeugung und Abtreibung der Leibesfrucht, 7) Unkeuſchheit wider die Natur, 8) jede Verletzung ehelicher Treue, 9) Gefängnißſtrafe, 10) infamirende Strafe, 11) Beſchuldigung wegen Verbrechen, 12) unerträglicher Charakter, Unverträglichkeit, 13) Mißhandlung, Grauſamkeit, 14) Unfruchtbarkeit der Frau, 15) Untüchtigkeit des Mannes, 16) beſtändige Krankheit, 17) Raſerei und Gemüthskrankheit, 18) Selbſtſchwächung, 19) Unkeuſchheit mit Anderen vor der Ehe, 20) anſteckende Krankheit, 21) laſterhafte Lebensweiſe, 22) Trunk und Verſchwendung, 23) ſchimpfliches Gewerbe, 24) Abfall vom Glauben, 25) gegenſeitige Einwilligung, 26) zweifache Ehe, 27) Betrug

---

419) Aus der reichen Literatur nennen wir nur: Wiedenfeld, über die Eheſcheidung unter den Evangeliſchen. Leipzig 1837, 8. Ueber Ehe und Eheſcheidung, Staat und Kirche und deren Verhältniß zu einander. Votum eines Theologen zur Entſcheidung dieſer Zeitfrage, als Beitrag zur Begründung einer Reform des proteſtantiſchen Eherechtes. Nürnberg 1838, 8. Ueber den einzig wahren Eheſcheidungsgrund in der chriſtlichen Kirche, ſo wie in den chriſtlichen Staaten, von einem Juriſten. Bayreuth 1838, 8. (ſ. meine Recenſion in Richter's und Schneider's kritiſchen Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, 1839, Bd. 6, S. 708 flg.).

420) Tit. de potestate et iurisdictione episcoporum: Iniusta etiam traditio est, quae prohibet coniugium personae innocenti post factum divortium.

421) S. die bei Planck, Geſch. des proteſt. Lehrbegriffes, Bd. 1, S. 299 flg., mitgetheilten Stellen.

422) Luther's Werke Bd. 10 (Ausg. v. Walch), S. 797, 908, 949 flg., 973 u. a.

423) Melanthon, de coniugio, u. a. m.

bei Eingehung des Ehevertrages[424]). Auch ſoll die landesherrliche Gnade eine Ehe auflöſen können[425]).

Es bedarf wohl kaum der Erinnerung, daß eine ſo leichte Praxis auf das Wohl der Geſammtheit und der Einzelnen den verderblichſten Einfluß üben muß, und ſo iſt es ein gutes Zeichen der Zeit, daß gegen das beſtehende Recht von verſchiedenen Seiten her (ſ. die Anm. 419 cit. Schriften)[426]) Stimmen laut werden. Auf Landtagen und bei Ständeverſammlungen ſind mehrfach ſchon Anträge gemacht worden, die ältere ſtrengere Praxis herzuſtellen, ohne daß indeſſen bisher von beſonderen Erfolgen etwas bekannt geworden wäre.

Die evangeliſche Kirche kennt übrigens neben der förmlichen Scheidung auch eine **separatio quoad mensam et thorum temporaria**, als eine vorläufige Trennung[427]), um, beim Mangel hinreichender Scheidungsgründe, die Gatten wieder auszuſöhnen[428]). Gelingt dieß nicht, ſo geht nach Verlauf einiger Jahre nothwendig dieſe Trennung in wirkliche Scheidung über, freilich unter richterlicher Autorität[429]).

Die **Wirkung** einer vollſtändigen Scheidung beſteht überhaupt in der vollen Löſung des bisherigen Nexus, ſowohl nach der perſönlichen als dinglichen Seite; doch pflegt die Frau den Namen des Mannes fortzuführen, wenn nicht unter Umſtänden das Gegentheil beſtimmt wird. Beiden Theilen ſteht es frei, eine neue Ehe zu ſchließen (ſ. den folgenden Abſchnitt), inſofern nicht dem ſchuldigen Gatten die Wiederverheurathung unterſagt wird. Die Vermögensverhältniſſe werden auch mit Rückſicht auf Schuld und Unſchuld geſondert, und dabei beſtimmte Vortheile und Nachtheile zuerkannt. Darüber, ob die Kinder getheilt oder nur einem Gatten übergeben werden, wird vom Richter nach den Umſtänden beſtimmt[430]).

Bei der **Scheidung einer gemiſchten Ehe**[431]) erfordert es die Parität der Confeſſionen ſowohl, als die Gleichheit vor dem Geſetze,

---

424) In der Anm. 419 cit. Schrift: „Ueber den einzig wahren Eheſcheidungsgrund," ſind dieſe Gründe mit Nachweis der Literatur aufgeführt. Wegen der Geſetzgebungen ſ. m. **Andr. Müller**, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 2, S. 496 flg.

425) S. allg. Kirchenzeit. 1839, Nr. 29.

426) Vgl. auch: Ueber die heutige Geſtalt des Eherechtes. Berlin 1833, 8. (aus der evangeliſchen Kirchenzeitung beſonders abgedruckt).

427) Ueber die rechtlichen Gründe der Befreiung einer Ehefrau von der Verbindlichkeit des Zuſammenlebens mit dem Ehemanne vor gänzlicher Auflöſung des ehelichen Bandes, von **Pfeiffer**, in den praktiſchen Ausführungen, Bd. 5 (Hannover 1838, 4.), Nr. 4.

428) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 723 flg. Allg. Gerichtsordn. Th. 1, Tit. 40, §. 56 flg.

429) **Pfeiffer**, praktiſche Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiſſenſchaft, Bd. 2 (Hannover 1828, 4.), Nr. 9.

430) M. ſ. überhaupt **Thibaut**, Syſtem des Pandektenrechtes, §. 468 flg.; **Mühlenbruch**, II. §. 279, u. a. a. O. Das Nähere verordnen die Particularrechte. M. ſ. z. B. preuß. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 732 flg.

431) **Thibaut** a. a. O. §. 427. **Uihlein**, in Weiß' Archiv der Kirchenrechtsw., Bd. 5, H. 2, Nr. 6, S. 91 flg.; H. 3 u. 4, Nr. 15, S. 263 flg., und cit. Lit. **Eichhorn**, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 515 flg.

daß Jeder nach ſeinem Rechte beurtheilt werde. Für den katholiſchen Theil ſollte daher höchſtens auf separatio quoad mensam et thorum perpetua, für den evangeliſchen aber müßte dann auf Scheidung quoad vinculum erkannt werden. Die Geſetzgebungen und die Praxis weichen aber davon ab, denn die geiſtlichen Gerichte pflegen den evangeliſchen Theil mit dem katholiſchen nach demſelben Princip zu beurtheilen, während die weltlichen das Umgekehrte thun.

7) Zweite Ehe.

Die Ehe als eine vollendete iſt nur durch den Tod auflösbar und dauert eigentlich auch über dieſen hinaus. Daher finden wir ſchon früh ſelbſt die Sitte, daß die Frau den Mann in den Tod begleitet, mit ihm ſtirbt [432]). Bei den Römern, ſo wie bei den Germanen erſcheint die zweite Ehe nicht beliebt [433]), und daher auch an gewiſſe erſchwerende Bedingungen geknüpft. Der Hauptgrund iſt freilich die Rückſicht auf die Kinder, und die ſogenannten poenae secundarum nuptiarum haben den Zweck, das Vermögen der Kinder erſter Ehe ſicher zu ſtellen, weshalb ſolche Strafen gar nicht vorkommen, wenn eine Ehe kinderlos geblieben war [434]). Daher iſt hiervon auch der Fall durchaus verſchieden, wenn der verſtorbene Ehegatte dem überlebenden gewiſſe Vortheile unter der Bedingung, ſich nicht wieder zu verheurathen, zuſichert, welche bei dem Zuwiderhandeln nicht gewährt werden [435]). Vor dem Abſchluſſe einer zweiten Ehe ſoll aber erſt eine beſtimmte Zeit (Trauerjahr) vorübergehen, theils des Anſtandes halber, theils und beſonders zur Vermeidung der confusio sanguinis [436]). Die Verletzung des Trauerjahres zieht für die Frau beſtimmte Vermögensnachtheile und die Infamie nach ſich.

Das teutſche Recht [437]) kennt anfangs wirkliche Nachtheile für den zweiten Ehegatten nicht, hat aber ſpäter durch den Einfluß des römiſchen Rechtes manche dieſer ſogen. poenae anerkannt. Die Particularrechte weichen im Einzelnen von einander ab, fordern aber meiſtens zur Sicherſtellung des Vermögens der Kinder erſter Ehe eine Abſchichtung, und zu dem Behufe die Errichtung eines Inventars [438]). Die Beobachtung des Trauerjahres iſt ebenfalls vorgeſchrieben, und für Frauen gewöhnlich auf 9 Monate, für Männer auf 12 oder 6 Wochen beſtimmt, wovon jedoch in dringenden Fällen dispenſirt werden kann [439]). Die Verletzung des

---

432) Grimm, teutſche Rechtsalterth., S. 451.

433) Auf Inſchriften daher die Auszeichnung: univira, uninupta.

434) S. Cod. Iustin. de secundis nuptiis. (5. 9.) Nov. 2. 22. cap. 22—48. — Marezoll, von den Nachtheilen der zweiten Ehe; in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 5, H. 3, Nr. 23, S. 363 flg. u. a.

435) Nov. 22. c. 43. 44.

436) S. beſonders Nov. 22. c. 22. 40. Nov 39. c. 2. u. a. Vergl. Löhr, im civiliſt. Magazin, Bd. 3, Nr. 16, S. 11.

437) S. Mittermaier, teutſches Privatrecht, §. 413.

438) S. Mittermaier a. a. O. Anm. 15. Vgl. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 17 flg., §. 472 flg.; Th. 2, Tit. 2, §. 187, 188.

439) S. z. B. allg. L.-R., Th. 2, Tit. 1, §. 20 flg.; badiſche Verordn. vom 15. Juli 1807 (Reg.-Blatt Nr. 27); hannöverſche Verordn. vom 31. Dec. 1825, u. a. m.

Trauerjahres begründet nach gemeinem Rechte wenigſtens nicht mehr die Strafe der Infamie, da das canoniſche Recht dieſelbe ausdrücklich abgeſchafft hat[440]), wenn gleich andere Nachtheile, die in den Landesgeſetzen abweichend beſtimmt ſind[441]).

In der Kirche hat man von jeher zweite Ehen gemißbilligt, doch erlaubt die heilige Schrift dieſelben[442]), und ſo ſind ſie üblich geblieben, wenn gleich der Rath des Apoſtels[443]), die Verordnung für die Gemeindevorſteher[444]) und die chriſtliche Anſicht vom Wittwenſtande überhaupt[445]) die Unterlaſſung der Wiederverheurathung als vorzüglicher erſcheinen ließ[446]). Schon im vierten Jahrhundert ward beſtimmt, es ſollten die zur zweiten Ehe Schreitenden vorher Buße thun[447]). Praktiſch iſt dabei nur geworden, daß bigami nicht ordinirt werden ſollen[448]), da für ſie eine Irregularität propter defectum bonorum animi vorhanden iſt. Auch wird die zweite Ehe nicht vollſtändig benedicirt[449]), wovon der Grund darin liegt, daß man den Segen der erſten Ehe als fortwirkend betrachtet, was ſich beſonders auf die Frau bezieht, daher bei der Ehe eines Wittwers mit einer noch nicht verheurathet geweſenen Perſon dieſer Segen nicht ausgeſchloſſen zu ſein pflegt[450]).

Beſonderen Schwierigkeiten unterliegt die **zweite Ehe geſchiedener Perſonen.** Nach katholiſchen Grundſätzen iſt eine ſolche durchaus unzuläſſig, da die Scheidung das Eheband nicht auflöſt. Daſſelbe kann nach evangeliſchem Rechte nicht behauptet werden, doch hat ſich hin und wieder in der evangeliſchen Kirche der Wunſch geäußert, bei der Wie-

---

440) C. 4. 5. X. de secundis nuptiis. (4, 21.) Vergl. **Haenel**, dissensiones dominorum, p. 433.

441) So ſoll in Sachſen eine Wittwe, die ſich im Trauerjahr ſchwängern läßt, 6 Wochen Gefängniß dulden, und wenn ſie den Schwängerer heurathet, außer den Dispenſationskoſten für das Trauerjahr noch 5 Thlr. erlegen. In Hannover iſt eine Geldbuße von 10—100 Thlrn. oder 6 Wochen Gefängniß verordnet, u. a. m. — Ob die übrigen gemeinrechtlichen Strafen noch zuläſſig ſeien, iſt beſtritten. S. z. B. **Mackeldey**, Lehrbuch des heut. röm. Rechtes, §. 400, und dagegen: **Guyet**, Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechtes (Heidelberg 1829, 8.), S. 185, 186.

442) S. Römer 7, 2. u. 3.; 1. Corinther 7, 39.

443) 1. Corinther 7, 40.

444) 1. Timoth. 3, 2. u. 12., vergl. 5, 9.

445) 1. Timoth. 5, 3. flg.

446) S. **Tertull.** de exhortat. ad castitatem, cap. 7 u. a. S. **Neander**, Antignoſticus Geiſt des Tertullian, S. 244, 255.

447) C. 8—12. C. XXXI. qu. I.

448) Tit. X. I. 21. in VI. I. 12. de bigamis non ordinandis. Früher durften ſolche Perſonen nicht zu höheren Ordines befördert werden. S. Nov. 6. cap. 1. §. 3. Nov. 22. cap. 42. —

449) S. Capitularia lib. V. c. 130. 408. C. 1. 3. X. de secundis nuptiis. (4. 21.)

450) S. z. B. das Instructionale Bambergense bei **Stapf**, Paſtoralunterricht, S. 419. Vergl. **Uihlein**, über das Verbot der Einſegnung der zweiten Ehe in der katholiſchen Kirche; in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 10, H. 1, Nr. 4. **Berg**, über die Erforderlichkeit der prieſterl. Einſegung (Breslau 1836, 8.), St. 32 flg. S. auch den Anmerk. 452 cit. **Gründler**.

derverheurathung von Perſonen, die nicht nach den Scheidungsurſachen der heiligen Schrift getrennt worden, wenigſtens die feierliche Einſegnung fortzulaſſen [451]). Auch darüber iſt gezweifelt worden, ob bei geſchiedenen Gatten, die ſich wieder vereinigen, die Copulation zu wiederholen ſei? Nach evangeliſchem Rechte ſcheint dieſe aber allerdings nothwendig, da ein Scheidungsurtheil in Rechtskraft übergeht, geſchiedene Perſonen alſo ſchlechthin aufgehört haben, in perſönlicher Verbindung zu ſtehen [452]).

8) Eheprozeß.

Das Verfahren in Eheſachen iſt im Allgemeinen ein ſummariſches, welches nach den Vorſchriften des Prozeſſes der geiſtlichen Gerichte und den beſonderen durch die Natur des ehelichen Verhältniſſes gebotenen Bedingungen modificirt wird. Die nähere Ausführung iſt daher theils in dem Art. Prozeß, theils in dem Art. geiſtliche Gerichtsbarkeit mitzutheilen.

H. F. Jacobſon.

Ehebruch (adulterium, in der lex Iulia abwechſelnd mit dem Ausdruck stuprum bezeichnet), als die fleiſchliche Vermiſchung einer verheuratheten Perſon mit einer dritten, mit welcher ſie nicht verheurathet iſt, wurde von den Römern hauptſächlich [1]) aus dem Geſichtspunkte der Privatverletzung, als Kränkung des Ehemannes an ſeinen Vermögensrechten, wie an ſeiner Ehre betrachtet. Da die Verletzung des ius thori und der metus suppositi partus gemeinſam den weſentlichen Grund für die Strafbarkeit des Ehebruches abgaben [2]), ſo folgte hieraus mit Nothwendigkeit, daß nur die Frau auch mit einer ledigen Mannsperſon eines Ehebruches ſich ſchuldig machen, der Mann aber durch den Beiſchlaf mit einer Unverheuratheten nur ein einfaches Stuprum begehen konnte, welches neben der eigenthümlichen Strafe der Schwächung nur in gewiſſen Fällen beſondere Privatbußen nach ſich zog [3]). Es erklärt ſich ferner hieraus, warum Conſtantin außer dem Ehegatten nur die nächſten Verwandten zur Klage zuließ, und warum die mit dem Adulterium verknüpften Vermögensſtrafen in dem Falle, wo die Frau der ſchuldige Theil geweſen, theilweiſe dem Manne zu Gute kamen, während die Ehefrau im umgekehrten Falle mit der donatio propter nuptias, oder de-

---

451) S. die Literater hierüber nebſt meiner Beurtheilung in Richter's u. Schrader's krit. Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, 1839, Bd. 6, S. 1016 flg.

452) S. Gründler, rechtliche Entſcheidung der Frage: ob die Trauung bei geſchiedenen, aber ſich wieder vereinigenden Ehegatten nothwendig ſei? in der allgem. Kirchenzeit., 1836, Auguſt, Nr. 135. — In den Particularrechten wird die Wiederholung der Trauung meiſtens gefordert. M. ſ. z. B. preuß. Min.-Reſcript vom 23. Jan. 1832 (v. Kamptz, Jahrbücher, H. 77, S. 132, 133).

1) Es iſt nämlich zu unterſcheiden zwiſchen dem politiſchen Zwecke und dem Rechtsgrunde eines Geſetzes. Keineswegs ſoll mit dem Obigen geſagt werden, daß die lex Iulia ohne politiſche Tendenz geweſen ſei.

2) L. 30. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.)

3) L. 1. u. 18. C. h. t. Nov. 117. c. 9. §. 5. Burchardi, im neuen Archiv für Cr.-R., Bd. 8, S. 214—229.

ren geſetzlichem Surrogat ſich begnügen mußte [4]). Das canoniſche Recht ſah in dem Ehebruche vor Allem die Sünde des verletzten Sacramentes, die Vernachläſſigung der durch die Kirche geheiligten ehelichen Pflichten. Da dieſe dem Manne in gleicher Maße obliegen, als der Gattin, ſo mußte das canoniſche Recht, nach chriſtlich-religiöſen Principien und geſtützt auf die Lehren der Kirchenväter [5]), die römiſche Diſtinction zwiſchen dem von der Frau und dem vom Manne begangenen außerehelichen Beiſchlaf verwerfend, Beides für Ehebruch erklären, mochte der letztere mit einem verheuratheten oder ledigen Frauenzimmer ſich vergangen haben. Die Teutſchen haben ſchon in den älteſten Zeiten die Keuſchheit hoch in Ehren gehalten, den Ehebruch, als ein niedriges Verbrechen, hart verpönt [6]). Die chriſtliche Kirche konnte dieſe Anſicht nur beſtärken und heiligen, und ſo war es im hiſtoriſchen Entwickelungsgange mit Nothwendigkeit gegeben, daß die durch ein ſittliches Gefühl geweckten, durch die Bibel geläuterten und durch das canoniſche Recht juriſtiſch verarbeiteten Anſichten Karl's peinlicher Halsgerichtsordnung zu Grunde gelegt wurden. Sonach verſteht man nach teutſchem und canoniſchem Rechte unter Ehebruch die wiſſentliche Verletzung einer Ehe durch fleiſchliche Vermiſchung des Ehemannes oder der Ehefrau mit einer dritten Perſon. Ob dieſe Verletzung ein Rechtsverbrechen enthalte, iſt von den meiſten Aelteren und einigen Neueren, z. B. Grolman und Tittmann, bezweifelt worden, welche dieſelbe den polizeilichen Fleiſchesverbrechen beizählen. Wenn es aber unbeſtritten iſt, daß der Ehebruch eine meiſt irreparable Kränkung der wichtigſten Gattenrechte enthält, daß derſelbe eine Verbindung bricht, welche durch Kirche und Staat ihre unmittelbare Sanction erhalten, das Glück der Familien untergräbt und die wichtigſten Intereſſen des Staates gefährdet, ſo wird hiermit das Adulterium nicht nur als eine an ſich immoraliſche Handlung, ſondern als eigentliches Rechtsverbrechen charakteriſirt, mag es im Syſtem ſeine Stellung, wie Feuerbach und Dabelow wollen, unter den ſtrafbaren Vertragsverletzungen, oder nach Martin unter den gemiſchten Staats- und Privatverbrechen einnehmen. So ſtehen wir auf derſelben Baſis, als das römiſche Recht, und gewinnen hierzu noch die Beziehungen auf ein ſittlich-religiöſes Princip und das Intereſſe des Staates. Es ergeben ſich hieraus Modificationen für den Thatbeſtand des Verbrechens, theils beſchränkend, theils erweitend. Es wird nämlich für den Thatbeſtand des Ehebruches Folgendes erfordert.

1) Das Vorhandenſein einer Ehe, welche durch den Ehebruch verletzt wird. Die Römer hingegen ſehen auch den durch eine Braut begangenen Beiſchlaf mit einer dritten Perſon für ein Adulterium an, und ſtrafen denſelben als ſolches [7]). So ſehr man die Wahrheit dieſer Behauptung bezweifelt, und namentlich mit den Waffen der Interpretation hat bekämpfen wollen, ſo iſt dieſelbe doch theils in den citirten Stellen,

---

4) Paullus, sent. recept. II. 26. §. 14.

5) J. H. Böhmer, ius ecclesiast. Prot., lib. V. tit. 16. §. 16 sq.

6) Heineccius, elem. iur. germ. II. 24. §. 148 sq. Böhmer, ad art. 120. C. C. C.

7) L. 13. §. 2. 3 u. 8. D. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.)

insbeſondere aber in der **L. 7. C. ad leg. Iul. de adult.** vollkommen gerechtfertigt. Auch findet nach römiſchen Anſichten der Grund für die Strafanſprüche beim Ehebruche conſequenter Weiſe wenigſtens zum Theil auch auf den Beiſchlaf der Braut mit einem Dritten ſeine Anwendung. Hier wie dort liegt der Grund in der Gefährdung der Familienrechte durch untergeſchobene Kinder. Anders nach teutſchem und canoniſchem Rechte, welches zur Exiſtenz der Ehe die formelle Sanction des Staates und der Kirche weſentlich erfordert. Hier kann vor Ertheilung dieſer Sanction von keinem ehelichen Rechte, ſomit von keinem Ehebruche die Rede ſein. Aeltere Criminaliſten bezeichnen die Untreue der Braut mit dem Ausdruck **quasi-adulterium** [8]). Nach Trennung der Ehe iſt, wie ſich von ſelbſt verſteht, von keinem Ehebruche zwiſchen den geſchiedenen Gatten und dritten unverheuratheten Perſonen mehr die Rede. Jedoch enthält die ſogenannte Trennung von Tiſch und Bett keine eigentliche Aufhebung der Ehe. — 2) Der Thatbeſtand des Ehebruches erfordert das Vorhandenſein einer giltigen Ehe [9]), während die Römer denſelben auch bei einer Putativehe für denkbar hielten. Auch dieſe Behauptung iſt vielfach in Abrede geſtellt worden, wobei man jedoch die ſehr bezeichnende **L. 13. §. 4. D. h. t.** unbeachtet ließ. Dieſe Differenz muß eben ſo wie die vorige auf die Verſchiedenheit der Baſis des römiſchen und des canoniſch-teutſchen Rechtes zurückgeführt werden. Erſteres gab dem in gutem Glauben befindlichen putativen Ehegatten völlig die privatrechtliche Stellung eines wirklichen, und da mit dem privatrechtlichen Verhältniſſe der Eheleute ihre gegenſeitige Stellung abgeſchloſſen war, ſo konnte dem verletzten putativen Gatten ſeine Klage nicht abgeſprochen werden. Das canoniſche Recht hingegen ließ die privatrechtlichen Verhältniſſe putativer Eheleute zwar, wie billig, unangetaſtet, konnte aber eine rechtlich ungiltige Ehe überhaupt als Ehe nicht anerkennen, weil eine Sanction derſelben undenkbar iſt, und hiermit mußten alle weiteren Folgen eines ſolchen Verhältniſſes hinwegfallen. Die Untreue eines putativen Ehegatten enthält demnach nur den Conat des Ehebruches, und hierin liegt ein weiterer Grund dafür, daß nach römiſchem Rechte Putativgatten eines Ehebruches ſich ſchuldig machen konnten, indem nach römiſchen Anſichten über die Strafbarkeit des Verſuches derſelbe mit dem conſummirten Verbrechen auf einer Stufe ſtand [10]). Ob mit einer als Hure lebenden Ehefrau ein Ehebruch begangen werden könne, iſt eine ſehr verſchieden beantwortete Frage [11]). Die Frau anlangend, ſo leidet es wohl keinen Zweifel, daß ihr Verbrechen durch Wiederholung nicht zu einem leichteren, Adulterium nicht zu einfachem Stuprum werden kann; bei dem Concumbenten jedoch iſt zunächſt auf deſſen guten oder böſen Glauben zu ſehen [12]). —

---

8) Andere verſtehen darunter den culpoſen Ehebruch. Ob es einen ſolchen gebe, davon unten.

9) Art. 178 der P. G. O.

10) Wächter, Lehrbuch des Cr.-Rechtes, Th. 2, §. 211, N. 47.

11) Wächter a. a. O.

12) Böhmer ad Carpz. qu. 57. obs. 1. — Eiusd. med. in C. C. C. ad art. 120. §. 15.

3) Zu dem Thatbeſtande des Ehebruches wird ferner erfordert, die fleiſchliche Vermiſchung mit einer anderen Perſon als dem Ehegatten. Was zur Conſummation des Beiſchlafes gehöre, iſt beſtritten. Die Aelteren, namentlich Quiſtorp, Carpzov, Leyſer, und unter den Neueren Feuerbach [13]), fordern seminis immissio, weil erſt durch die Vermiſchung des Samens der thorus coniugalis verletzt und die suppositio falsi partus möglich werde. Dieß würde ſelbſt für das römiſche Recht nur theilweiſe richtig ſein, indem die Entweihung des Ehebettes wohl ſchon mit einem früheren Moment eingetreten ſein dürfte. Tittmann [14]) und Salchow [15]) verlangen seminis emissio, und zwar Erſterer bei beiden Concumbenten, Letzterer nur beim Manne. Als Grund führen ſie die dann erſt eingetretene Befriedigung des Geſchlechtstriebes an, worauf es jedoch bei dieſem Verbrechen im Weſentlichen nicht ankommen kann. Schon unter den Aelteren bezweifelten Matthäus [16]) und Böhmer [17]) die Nothwendigkeit der im- oder emissio seminis und hielten den Ehebruch ſchon durch die Vereinigung der Geſchlechtstheile für conſummirt. Dieſer Meinung ſind unter den Neueren namentlich Roßhirt[18]), Martin[19]) und Wächter[20]), welchen um deswillen beizupflichten iſt, weil die Vereinigung der Geſchlechtstheile als der Endpunkt der verbrecheriſchen Handlung angeſehen werden muß, der Ausfluß des Samens dagegen, als nicht mehr in der Willkür des Handelnden liegend, ſchon zum Erfolge gehört, welcher nur in den geſetzlich beſtimmten Fällen zur Conſummation eines Delictes erforderlich iſt. Den Begriff der Vollendung des Verbrechens in der erwähnten Maße einzuſchränken, würde übrigens theils den Beweis der Vollendung in den meiſten Fällen unmöglich machen, theils dem Sprachgebrauche aller Quellen des gemeinen Rechtes zuwiderlaufen [21]), wie es auch die neueren Legislationen gegen ſich hat [22]). Sonſtiger Gebrauch des Körpers zu naturwidriger Befriedigung des Geſchlechtstriebes gehört nicht zum Ehebruch. — 4) Zu dem ſubjectiven Thatbeſtande des Ehebruches wird dolus der Concumbenten erfordert, alſo die Ueberzeugung, daß man ſelbſt, oder daß der andere Concumbent die Pflicht der ehelichen Treue verletze. Tittmann[23]) und Andere (unter ihnen früher auch Feuerbach, der aber in der 10. Ausgabe des Lehrbuches, §. 377, Note b, ſeine damalige Behauptung widerruft) ſprechen von einem culpoſen Ehebruche und berufen ſich hierfür auf Nov. 117. cap. 11. Dieſe Novelle ſpricht jedoch

13) Lehrbuch des p. R., §. 376.
14) Handbuch, Th. 2, §. 576.
15) Lehrbuch (3. Ausg.), §. 294.
16) De crim. ad lib. 48. tit. 3. cap. 2. nr. 10.
17) Ad Carpz. qu. 61. obs. 1. u. med. ad art. 120. §. 5.
18) Lehrb. §. 203.
19) Lehrb. §. 293.
20) Lehrb. Th. 2, §. 211, Nr. 55.
21) Martin, Lehrbuch (2. Ausg.), §. 275.
22) Bayerſches Strafgeſetzbuch, Th. 1, Art. 186 a. E., und würtembergiſches Strafgeſetzbuch, Art. 307.
23) Handbuch, §. 577.

(Henke in ſeinen criminaliſt. Verſ., S. 171 flg.), von einem ſingulären Falle, wo es überdieß nur heißt: veluti adulteri puniantur, während andere Geſetzesſtellen die Möglichkeit eines culpoſen Ehebruches auf das Entſchiedenſte verwerfen [24]). Die Carolina läßt die Frage unerörtert, und es bleibt daher das ſubſidiäre römiſche Recht in Kraft. — Daß von der römiſchen Diſtinction zwiſchen dem concumbirenden Manne und der ehebrecheriſchen Frau nach teutſchem und canoniſchem Rechte keine Rede mehr ſei, daß vielmehr beide durch jeden außerehelichen Beiſchlaf eines Ehebruches ſich ſchuldig machen, wurde oben ſchon bemerkt. Hier iſt noch die Frage zu erörtern, ob auch der unverheurathete Concumbent als adulter zu betrachten ſei? Nach römiſchem Rechte leidet die Bejahung dieſer Frage ſchon um deswillen keinen Zweifel, weil der Rechtsgrund für die Beſtrafung des Ehebrechers in der Gefährdung und Beeinträchtigung der Rechte eines Dritten liegt, ſomit von den perſönlichen Verhältniſſen des Delinquirenden nicht abhängig gemacht werden kann. Nicht weniger nennt die Carolina [25]) jeden Concumbenten einer fremden Ehefrau „Ehebrecher" und will es „gleicherweiß" mit dem Ehemanne gehalten wiſſen, welcher mit einer dritten Perſon den Beiſchlaf vollzieht. Nichtsdeſtoweniger meint Tittmann im §. 575 ſeines Handbuches, die ledige concumbirende Perſon ſei keines Ehebruches, ſondern nach Umſtänden einer Schwächung, Hurerei, oder Concubinats ſchuldig, indem der Art. 120 wohl von einer Klage gegen den unverheuratheten Theil ſpreche, nicht aber ihn als adulter beſtrafe. Dieſe Anſicht ſteht mit dem deutlichen Wortlaut der P. G. O., wie mit den Ausſprüchen des römiſchen Rechtes in offenbarem Widerſpruche, wie denn auch Tittmann a. a. O. ſelbſt eingeſteht, daß er den allgemeinen Gerichtsgebrauch gegen ſich habe. Auch liegt es ſchon in der Natur der Sache, daß beide Concumbenten als Miturheber des Verbrechens zu betrachten ſind: denn wie der verheurathete Theil ſeine Vertragspflicht verletzt, ſo erlaubt der ledige ſich einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechtsſphäre des beleidigten Ehegatten. Beide entweihen und brechen das durch Staat und Kirche geheiligte Band, handeln wider ein, durch die Legislation zur Rechtspflicht erhobenes, ſittlich-religiöſes Gebot. Die Einwilligung des einen oder anderen Theiles zu dem, vom anderen Ehegatten mit einer dritten Perſon zu vollziehenden Beiſchlaf macht dieſen nicht ſtraflos, oder minder ſtrafbar, und den Einwilligenden unter Umſtänden des Verbrechens der Kuppelei ſchuldig. Daß die Strafbarkeit des ehebrecheriſchen Gatten durch die Einwilligung des anderen Theiles verringert werde, hat Tittmann [26]) behauptet, weil der Ehebruch eine Verletzung der ehelichen Treue ſei, nach ertheilter Erlaubniß zum Beiſchlaf mit einer dritten Perſon aber von einer Verletzung der ehelichen Treue nicht mehr die Rede ſein könne. Abgeſehen auch davon, daß die in der Einwilligung liegende Uebereinkunft, als contra bonos mores, ohne rechtliche Wirkſamkeit ſein würde, ſo kann dieſelbe ſchon

---

24) L. 12. u. 43. D. h. t.
25) P. G. O. Art. 120.
26) Handb., §. 577 a. E.

um deswillen in der Strafbarkeit des Verbrechens nichts ändern, weil bei demſelben noch andere, als rein privatrechtliche Intereſſen in Frage kommen, welche das volenti non fit iniuria ausſchließen. — Der Ehebruch iſt entweder ein einfacher (adulterium simplex), wenn nur der eine Theil, — oder ein doppelter (duplicatum, Oberhurerei), wenn auch der andere Theil verheurathet war. Außerdem ſpricht man noch von einem adulterium attentatum und praesumtum und einem quasi-adulterium. — Spätere Reichsgeſetze, namentlich die Reichspolizeiordnungen von 1548, Tit. 25, und die von 1577, Tit. 26, heben eine einzelne Gattung des Ehebruches, den ſogen. öffentlichen, beſonders heraus, welchen ſie dahin charakteriſiren, daß verheurathete Leute ſich eigenmächtig von einander trennen, und anderen „leichtfertigen" Perſonen dergeſtalt beiwohnen, daß daraus ein öffentliches Aergerniß und das Gerücht eines ehebrecheriſchen Zuſammenlebens entſteht. Manche[27]) nennen dieß ungebührliche Zuſammenwohnen den präſumtiven Ehebruch. — Ueber die Strafe des Ehebruches iſt ſowohl hinſichtlich der hiſtoriſchen Entwickelung der dahin zielenden Beſtimmungen, als auch rückſichtlich des Sinnes der zur Zeit noch anwendbaren Vorſchriften vielfach geſtritten worden. Die lex Iulia de adulteriis s. de stupris, auch lex pudicitia genannt, belegte den Ehebruch[28]) mit der Strafe der Relegation, Verluſt der halben Dos und eines Dritttheiles des Vermögens für die Frau, des halben Vermögens für den ehebrecheriſchen Mann[29]). Welcher Kaiſer zuerſt die Todesſtrafe eingeführt habe, iſt beſtritten. Wahrſcheinlich war es Conſtantin[30]). Nach Juſtinian traf den Mann die Strafe des Schwertes, das ehebrecheriſche Weib Geißelung und Verſtoßung in ein Kloſter, woraus der Ehemann ſie innerhalb zwei Jahren wieder zurücknehmen konnte. Der adulter verliert ſein Vermögen zum Vortheil der De- und Aſcendenten der erſten drei Grade, und wenn dieſe fehlen, zum Vortheil des Fiscus. War der Ehebrecher verheurathet, ſo behält die Frau außer der Dos die donatio pr. nupt., und ſubſidiär ein Viertheil vom Vermögen des Mannes, jedoch, wenn Kinder da ſind, nur als Nutznießerin[31]). Die ehebrecheriſche Ehefrau verliert nach Nov. 117. c. 8. §. 2. die dos, und außerdem von ihrem übrigen Vermögen ſo viel, als ein Dritttheil der dos beträgt, an den Mann, welcher jedoch nur dann voller Eigenthümer wird, wenn keine Kinder exiſtiren. Dieſe Privatſtrafen ſind durch die Strafbeſtimmungen der Nov. 134. c. 10, nach welcher das ganze übrige Vermögen, mit Ausnahme von zwei Dritttheilen für etwaige Kinder und, falls

---

27) Martin, Lehrb. (2. Ausg.), §. 289 a. E., u. §. 290.

28) Viele, z. B. Carpzov und Schubert (probl. hist. iur. an ex l. Iul. Augusti poena adult. fuerit mortis), behaupten, die lex Iulia habe für den Ehebruch die Todesſtrafe feſtgeſetzt, was jedoch mit L. 5. D. de quaest. (48. 17.) L. 2. §. 3. D. de his, qui not. (3. 2.) L. 18. D. de test. (22. 5.) L. 29. §. 1. D. h. t. und L. 17. C. h. t. in offenbarem Widerſpruch ſteht. Man vergl. auch Wächter, Lehrb., Th. 2, S. 431 flg.

29) Paulus, sent. rec. II. 26. §. 14.

30) Nov. 134. c. 10.

31) Nov. 117. c. 8. §. 2. Nov. 134. c. 10.

dieſe fehlen, von einem Dritttheil für die Aſcendenten, an ein Kloſter fallen ſoll, nicht als aufgehoben zu betrachten[32]). Unter dieſen Vermögensſtrafen ſind die eigentlichen Privatbußen von den criminellen Vermögensconfiscationen, auf welche der Fiscus nur zu Gunſten der nächſten Verwandten verzichtet hat, zu unterſcheiden. Letztere müſſen hinwegfallen, ſobald die Criminalſtrafe des Ehebruches ohne Wiederholung jener Beſtimmungen ſich verändert, wie es in der Praxis längſt der Fall geweſen iſt. Zu den Privatbußen gehören die dos, pr. nupt. donatio und deren geſetzliches Surrogat. — Nach der Carolina „ſollen der ehebrecher ſampt der ehebrecherin nach ſage unſer vorfarn und unſer Keyſerlichen rechten geſtrafft werden.“ Man[33]) hat dieſe Beſtimmung der P. G. O. nicht auf das römiſche Recht, ſondern auf die in Teutſchland herrſchend geweſenen Gewohnheiten, wie ſie in der Bambergenſis und Tengler's Laienſpiegel ꝛc. aufgezeichnet ſind, beziehen wollen, da vor und nach der Carolina durch andere Reichsgeſetze eine mildere Strafe feſtgeſetzt worden ſei. Man berief ſich hierfür, außer auf die oben genannten Rechtsbücher, insbeſondere auf die R. P. O. v. J. 1530, Tit. 33, welche der Carolina vorausging, und deren Beſtimmungen in der R. P. O. v. J. 1548, Tit. 25, und der v. J. 1577, Tit. 26, alſo nach der Carolina, eine energiſche Beſtätigung gefunden hätten, ſo daß man, wollte man den Art. 120 auf das römiſche Recht beziehen, annehmen müſſe, die Legislation habe im Jahre 1530 vom römiſchen Rechte ſich entfernt, ſei im Jahre 1533 zu demſelben zurückgekehrt und 1548 wieder abgewichen[34]). Man hat bei dieſer Argumentation jedoch überſehen, daß die milderen Strafbeſtimmungen in den citirten drei Polizeiordnungen auf die oben erwähnte beſondere Gattung des Adulteriums, den ſogen. öffentlichen Ehebruch ſich beziehen. Hier beſteht das Strafwürdige in den beſonderen, zum öffentlichen Aergerniß dienenden Nebenumſtänden, die den wirklich begangenen Ehebruch nur wahrſcheinlich machen. Die Carolina hingegen hat den erwieſenen Ehebruch im Auge, und muß nach der Natur der Sache eine härtere Strafdrohung enthalten, als jene Polizeiordnungen[35]). Letztere ſind daher in keiner Weiſe correctoriſch für die Carolina, vielmehr einzig auf den polizeilichen Geſichtspunkt des öffentlichen Scandals gerichtet, unabhängig von der Beſtrafung des Ehebruches ſelbſt[36]). Hierzu kommt ferner, daß die R. P. O. von 1530 rückſichtlich des wirklichen Ehebruches im Weſentlichen die gleichen Beſtimmungen enthält, als die Carolina, ſo daß, wollte man in den ſpäteren Polizeiordnungen correctoriſche Verordnungen für die P. G. O. erblicken, ein höchſt ſonderbarer Entwickelungsgang ſich herausſtellen würde, indem dann durch die R. P. O. von 1530 das römiſche Recht, durch die Carolina die Beſtimmung der R. P. O., und durch die R. P. O. von 1548 wieder

32) Burchardi, im neuen Archiv, Bd. 8, S. 228. Feuerbach, §. 379, N. c. Wächter, Th. 2, S. 434.
33) J. B. Grolman, Bibliothek für p. R.-W., Th. 1, St. 2, S. 234.
34) Linde, im n. Arch., Bd. 7, S. 287 flg.
35) Martin, §. 289 a. E.
36) Sommer, rechtswiſſenſchaftl. Abhandl., S. 224 flg.

die Beſtimmung der Carolina aufgehoben würde. Schließlich iſt hier noch einer Bemerkung Koch's zu gedenken, welcher in ſeinen instit. iur. crim. §. 130. n. 3. darauf aufmerkſam macht, wie ganz anders die Carolina ſich ausdrücke, wenn ſie auf teutſche Gewohnheiten ſich beziehe (z. B. Art. 137, 167, 168), als im vorliegenden Falle, deſſen Ausdrucksweiſe mit der in den Art. 104, 117, 118, 126, wo ſie offenbar auf römiſches Recht verweiſe, völlig conform ſei. Hieraus ergibt ſich, daß die Carolina die Strafbeſtimmungen des römiſchen Rechtes im Art. 120 habe beſtätigen wollen. Die gemeinrechtliche Strafe des Ehebruches iſt demnach, abgeſehen von den in der Praxis ſchon längſt nicht mehr angewendeten Vermögensſtrafen, die Strafe des Schwertes für den männlichen Verbrecher, für die Ehebrecherin hingegen körperliche Züchtigung und lebenslängliche Einſperrung in ein Kloſter, wenn der beleidigte Ehemann ſie nicht binnen zwei Jahren daraus zurücknimmt. Da Letzteres bei proteſtantiſchen Verbrecherinnen keine Anwendung findet, ſo iſt eine verhältnißmäßige Freiheitsſtrafe zu ſubſtituiren, keinenfalls aber Zuchthaus, welches mit dem Kloſter nicht verglichen werden kann. Aeltere Landesgeſetze drohen mit Landesverweiſung [37]). Da jedoch durch die römiſchen Geſetze eine Strafdrohung nur für den Ehebrecher und die untreue Gattin gegeben war, nicht aber für die unverheurathete Ehebrecherin, ſo mußte die Carolina dieſe Lücke ergänzen, was in den Worten: „Item daß es auch gleicherweiß in dem fall, ſo eyn eheweib jren Mann, oder die perſon, damit der ehebruch vollbracht hett, beklagen will, gehalten werden ſoll," ſo deutlich geſchehen iſt, daß die Meinung derjenigen, welche die ledige Concumbentin nicht als Ehebrecherin angeſehen und beſtraft wiſſen wollen, ſich von ſelbſt als unhaltbar herausſtellt. Für den öffentlichen Ehebruch iſt durch die erwähnten R. P. OO. eine arbiträre Strafe an Leib und Gut angeordnet, welche die Praxis auch bald der gemeinrechtlichen Strafe des wahrhaften Ehebruches ſubſtituirte [38]), ohne daß jedoch die Privatſtrafen zum Beſten des beleidigten Gatten hiermit als aufgehoben zu betrachten wären [39]). Doch ſind in den meiſten Ländern mit der Zeit particularrechtliche Beſtimmungen an die Stelle der älteren Praxis getreten [40]). — Bei der Frage, ob der Ehebruch von Amtswegen, oder nur auf Anklage, reſp. Denunciation der nächſten Intereſſenten unterſucht und beſtraft werden müſſe, iſt es, den öffentlichen Ehebruch anlangend, außer Zweifel, daß die R. P. OO. deſſen Ahndung ex officio beſtimmt verordnet haben. Bei dem eigentlichen Ehebruch iſt es beſtritten. In dem älteren römiſchen Rechte war die accusatio adulterii zwar popularis, jedoch nur dann zuläſſig, wenn man zuvor den Mann der Kuppelei angeklagt hatte [41]).

37) Martin, §. 292.

38) Böhmer ad Carpz. qu. 53. obs. 1. — Koch, inst. §. 311. — Uebrigens macht das gemeine Recht in der Beſtrafung keinen Unterſchied zwiſchen dem einfachen und doppelten Ehebruch. Ueber das etwa anzuwendende Strafmaß ſ. man Feuerbach, §. 380.

39) X. 4. 20. de donat. i. vir. et uxor. cap. 4. — Böhmer l. c. qu. 64. obs. 1.

40) Meiſter, princ. iur. crim. §. 256.

41) L. 11. §. 10. L. 26. pr. D. h. t.

Daſſelbe Princip: ne volentibus temere liceat foedare connubia, im Auge habend, beſchränkte das neuere römiſche Recht das Anklagerecht auf den Ehemann und die nächſten Blutsverwandten der Ehebrecherin, Vater, Bruder und Oheim. Aus den Worten des Art. 120 der C. C. C., welcher rückſichtlich der Beſtrafung des Ehebruches auf das römiſche Recht verweiſt, hat man das accuſatoriſche Princip deſſelben in die Carolina herein argumentiren wollen. Da aber dem geſammten teutſchen Criminalverfahren eine andere Maxime, die inquiſitoriſche nämlich, zu Grunde liegt, ſo dürfte hinſichtlich der Prozeßform für einen ſpeciellen Fall ein unumſtößliches Reſultat aus den römiſchen Geſetzen nicht deducirt werden können, hier aber um ſo weniger, als die Berufung der Carolina auf das römiſche Recht ausdrücklich nur für die Strafe des Ehebruches, nicht aber für deſſen Unterſuchungsform ausgeſprochen iſt [42]). Aus dieſem und anderen Gründen [43]) wollen Manche, z. B. Böhmer, Grolman und Linde (man vergl. die Citate bei Wächter, Bd. 2, S. 449), gegen den Ehebruch ein Verfahren von Amtswegen eingeleitet wiſſen. Laſſen wir jedoch, wie billig, den politiſchen Standpunkt bei Seite, und halten uns an die Worte des Geſetzes, ſo finden wir in dem Ausdrucke der Carolina: „Item ſo eyn ehemann eynen andern umb des ehebruchs willen, den er mit ſeynem eheweib verbracht hat, peinlich beklagt ꝛc.," und „Item daß es auch gleicherweiß in dem fall, ſo eyn eheweib jren mann, oder die perſon, damit der ehebruch volebracht hett, beklagen will ꝛc.," ſicherlich nicht nur verba enunciativa, ſondern die deutliche Beſtimmung, daß bei dem wirklichen Ehebruch nur auf vorgängige Klage, und zwar — hierin liegt eine Beſchränkung des römiſchen Rechtes — allein des Ehemannes und der Ehefrau gegen den ehebrecheriſchen Theil vorgeſchritten werden ſolle. Denſelben Grundſatz haben auch die neueren Legislationen adoptirt [44]). — Rückſichtlich des Beweiſes beim Ehebruch ſtellten die Aeltern eigenthümliche Grundſätze auf [45]), und erforderten namentlich zur Beſtrafung das Eingeſtändniß beider Concumbenten. Heutzutage wird hierauf keine Rückſicht mehr genommen, ſondern der Ehebruch ganz nach allgemeinen Grundſätzen des Beweiſes in Criminalſachen behandelt [46]). — Es haben viele, beſonders ältere Strafrechtslehrer den Strafbeſtimmungen für den Ehebruch eine Reihe von Schärfungs- und Milderungsgründen beigefügt. Wo eine beſtimmte Strafe mit dem Verbrechen verknüpft iſt, kann natürlich weder von dem Einen noch

---

42) Linde, im neuen Archiv, Bd. 7, S. 285, 288.

43) Dieſe Gründe beziehen ſich meiſtens auf die Behauptung, daß der Art. 120 ſich auf teutſche Gewohnheiten und die R. P. O. v. J. 1530, nicht aber auf das römiſche Recht beziehe. Linde a. a. O. S. 299—302.

44) Z. B. die Geſetzgebungen Englands, Frankreichs und Rußlands. Preuß. Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1060, 1061. — Oeſterreich. Geſetzbuch über ſchwere Polizeiverbr., §. 248. — Bayer. Strafgeſetzbuch vom J. 1813, Art. 401. — Das Strafgeſetzbuch für Sachſen, §. 648. — Das Strafgeſetzbuch für Württemberg, Art. 305.

45) Bauer, de veritate criminis perpetrati in adulterio. Carpzov, qu. 60. Hierzu Böhmer.

46) Tittmann, §. 579 a. E.

dem Anderen die Rede ſein, es wäre denn, daß das einzelne Strafgeſetz dem Richter die Berückſichtigung erſchwerender oder erleichternder Umſtände ausdrücklich vorgeſchrieben hätte [47]). In denjenigen Staaten hingegen, wo ein beſtimmtes Strafgeſetz die Stelle der, auf der Carolina baſirenden Praxis noch nicht eingenommen hat, müſſen bei der arbiträren Beſtrafung des Ehebruches die allgemeinen Grundſätze der größeren oder geringeren Strafbarkeit des Verbrechens im einzelnen Falle berückſichtigt werden. Jedoch dürften die einzelnen, für den Ehebruch insbeſondere aufgeführten Strafſchärfungs- und Milderungsgründe theils nur die Concurrenz eines anderen Verbrechens enthalten, theils auf allgemeinen, bei allen Verbrechen anzuwendenden Principien beruhen, theils gänzlich aus der Luft gegriffen ſein [48]). — Schließlich iſt hier noch das Recht der *Rache* an dem auf der That ertappten Ehebrecher zu berühren. Nach der lex Iulia hatte der *Vater* der Ehebrecherin, wenn dieſelbe noch in ſeiner hausväterlichen Gewalt ſtand, das Recht, den in ſeiner oder des Schwiegerſohnes Wohnung auf dem Ehebruch betroffenen Ehebrecher zu tödten, wenn er auch ſeiner Tochter zugleich das Leben nahm. Dem Ehemann ſtand dieſe Befugniß nur zu, wenn der Concumbent ſein oder ſeiner Familie Freigelaſſener, ein Sclave, infamis, ein Kuppler, Sänger, histrio, Gladiator ꝛc. (vilis persona) war. Die genannten Perſonen hatten unter den gegebenen Verhältniſſen das Recht der Tödtung unbedingt und ohne Rückſicht auf das Vorhandenſein eines heftigen Affectes [49]). Die *Bambergenſis*, Art. 145, beſchränkt daſſelbe auf den höchſten Grad des Zornes. Gleichermaßen die *Projecten* der Carolina im Art. 120. Ob durch die P. G. O. das Recht der Tödtung aufgehoben ſei oder nicht, iſt beſtritten. Die meiſten Rechtslehrer ſind für das Erſte. Für das Letztere hat ſich *Feuerbach* [50]) aus folgenden Gründen entſchieden: 1) der Art. 142 der P. G. O., ſo wie Art. 150, rede unbedingt und erwähne des Affectes nicht als Entſchuldigungsgrundes. 2) Durch das Hinweglaſſen der in der Bambergenſis und den Projecten enthaltenen Beſchränkung habe *Karl* ſeine Abſicht, von den Grundſätzen derſelben abweichen zu wollen, klar an den Tag gelegt. 3) Die Carolina verweiſe in den Worten: „*wie die recht* zulaſſen," auf das römiſche Recht. Gegen dieſe Anſicht bemerkt *Wächter* [51]), daß die Beziehung auf das römiſche Recht ſchon um deswillen als zweifelhaft erſcheine, weil die Carolina die in jenem enthaltenen Beſchränkungen dieſes Rechtes, welche die Ausübung deſſelben in den meiſten Fällen aufgehoben haben würde, weggelaſſen und

47) Wie dieß in manchen Strafgeſetzbüchern beim doppelten Ehebruch der Fall iſt. S. das für Württemberg Art. 305. Man vergl. auch *preuß.* Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1028.

48) *Martin*, §. 292 a. E. *Feuerbach*, §. 381. *Wächter*, Bd. 2, S. 444—447. Eine ausführliche Liſte der gewöhnlichen Schärfungs- und Milderungsgründe ſ. m. bei *Tittmann*, §. 580—582; vergl. mit §. 568. *Feuerbach* a. a. O. N. a.

49) L. 20—23. L. 24. §. 3. L. 32. D. h. t. — L. 4. Cod. h. t.

50) Lehrb. §. 383, N. d.

51) Lehrb. Bd. 2, S. 462.

allem Anſcheine nach auf die Bambergenſis verwieſen habe. Allein auch abgeſehen von dieſen, durch Feuerbach beſtrittenen und immer zweifelhaft bleibenden Combinationen mit der Bambergenſis, findet ſich nichts in den Verordnungen der Carolina, was dem Vater und Gatten das Recht der Tödtung unbedingt einräumte. Der Art. 142 beſagt nämlich nur, daß im Fall der Mann oder Vater an dem auf der That ertappten Ehebrecher Gewalt ausübe, der Beweis der Nothwehr nicht von dieſen, ſondern vom Ankläger zu erbringen ſei. Dieſe Stelle, verglichen mit der Ueberſchrift des Artikels, ſetzt alſo voraus, daß der Ehebrecher zuerſt ſich Thätlichkeiten erlaubt, und der Mann oder Vater „gegen denſelben Uebelthatter tödtlich handlung, zwang oder gefengnuß, wie die recht zulaſſen" (d. h. innerhalb der Grenzen erlaubter Nothwehr) vorgenommen habe. Der Art. 150 erklärt diejenige Entleibung für entſchuldbar[52]), „die etwo auß unſtrefflichen urſachen beſchehen," und rechnet zu dieſen „unſtrefflichen urſachen" den Ehebruch, fügt aber noch hinzu: „ſo dieſelben urſachen recht und ordentlich gebraucht werden," wie es denn auch im Argument des Artikels heißt: „ſo darin ordentlicher weiß gehandelt wird." Offenbar liegt hierin eine Berufung auf die, in allgemeinen Rechtsprincipien gegründeten, Beſchränkungen dieſes Rechtes zur Tödtung. Daß der Geſetzgeber bei dieſen Worten theils den Affect, theils den ſogen. Nothſtand vor Augen gehabt habe, erhellt auch aus den übrigen in dem Artikel angeführten Fällen entſchuldbarer Tödtung. Das Reſultat dieſer Bemerkungen iſt demnach folgendes: der Mann und der Vater der Ehebrecherin ſind wegen der an dem auf der That betroffenen Concumbenten verübten Gewalt von dem Beweiſe der Nothwehr befreit, und haben außerdem eine beſondere Berückſichtigung der allgemeinen Entſchuldigungsgründe in Anſpruch zu nehmen. In der neueren Legislation fand dieſes ius singulare keine Berückſichtigung mehr. v. W.

Ehevertrag (im engeren Sinne, nicht in dem allgemeineren der Ehe ſelbſt, als Vertrag betrachtet), Brautlaufsbrief, Eheberathung, Eheberedung (hier nicht in dem Sinne von Tractaten über eine abzuſchließende Ehe), Ehebrief, Ehegeding, Ehepact (auch in der Mehrzahl von einem einzigen ſolchen Vertrage gebräuchlich), Eherecez, Eheſtiftung (nicht in dem Sinne der Stiftung einer Ehe), Eheverſchreibung, Ehezarter oder Ehezärter[1]), die Gedinge, Heurathsbrief, Heurathsnotul, Heurathsverſchreibung, Heilech, Heilich, Hillich, Hillichsvorwarden[2]), Hinlich,

52) Gegen die deutlichen Worte der Ueberſchrift: „hernach werden etliche entleybung im gemeyn berührt, die auch entſchuldigung auf jn tragen ꝛc.", will Wächter a.a.O. mit Anderen aus der Carolina für den Todtſchläger abſolute Strafloſigkeit herleiten.

1) Von dem altteutſchen Worte Zarta oder Zarter (charta, Brief), Westenrieder, glossarium germanico—latinum s. v. Zarter.

2) Vergl. Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes, §. 359, Note 1.

Hinlegsbrief (pactum s. instrumentum dotale s. nuptiale)[3]), bezeichnet die bei Gelegenheit einer Ehe errichteten Nebenverträge und dießfalls aufgeſetzten Urkunden zu Beſtimmung der außerweſentlichen, perſönlichen, namentlich der Vermögensverhältniſſe, Rechte und Pflichten der Ehegenoſſen gegen einander und in Beziehung auf die Kinder, ſowohl während, als nach getrennter Ehe. So nach teutſchem Rechte, wiewohl mit der Beſchränkung, daß zwar alle Eheverträge über alle dieſe Gegenſtände disponiren können, nicht aber müſſen, daß dagegen alle Eheverträge nur die außerweſentlichen Beſtimmungen der Ehe zum Gegenſtande haben können, und eben deßhalb nur Nebenverträge neben dem Hauptvertrage der Ehe ſind. Denn da die Ehe aufhört Ehe zu ſein, ſobald an ihrem Weſen etwas geändert wird, ſo kann dieſes nicht Gegenſtand eines Vertrages ſein[4]).

Schon die Römer hatten dergleichen Verträge unter den ſo eben angeführten lateiniſchen, von ihnen ohne Unterſchied[5]) gebrauchten Namen. Dieſe römiſchen Eheverträge aber betrafen in der Hauptſache die donatio propter nuptias und die dos, auch die Paraphernalien, nur nicht die gegenſeitige Erfolge[6]), als Univerſalſucceſſion, wohl aber die Beſtimmung, daß dos und donatio propter nuptias dem überlebenden Ehegatten auch nach dem Tode des anderen verbleiben ſollten[7]). Sie konnten nur bei geſetzlichen Ehen, hier aber ſowohl von den Verlobten, als von den beiderſeitigen Eltern, jedoch von Erſteren zu jeder Zeit, von Letzteren, ſo wie von Fremden, wenn ſie

---

3) Dieſe verſchiedenen Benennungen ſ. vorzüglich bei Danz zu Runde, Bd. 6, §. 566, S. 169; Glück, Pandektencommentar, Th. 25, §. 1244, S. 334 flg.; Erſch' und Gruber'ſche Encyclopädie, 1. Sect., Bd. 31, u. d. W. Ehe, S. 336.

4) Mit Ausſchluß der nachſtehend angezogenen Schriften und mit Ausſchluß deſſen, was in den gewöhnlichen Lehr- und Handbüchern über dieſen Gegenſtand angeführt iſt, bietet uns die Literatur vorzüglich folgende Schriften in dieſer Materie dar: Kohl, de pactis dotalibus. Lipsiae 1650. (Frcfrt. 1731.) Tabor, paratitla ad tit. D. de pact. dotal., in eiusd. operibus, tom. I. Thomasius, de pactis dotalibus. Hal. 1695. Willemberg, de pactis antenuptialibus. Gedan. 1727. J. H. Böhmer, de successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus (Halae 1734), in exercitat. ad pand. tom. IV. ex. 71. p. 667 sq. Balthasar, de praerogat. iur. germ. prae roman. in mater. pactor. dot. Gryphisw. 1739. Stryk, de successione ab intestato (Francof. a. V. 1733), diss. VIII. cap. V. de pactis inter coniuges. Pufendorf, observationes iuris universi. Francof. et Lips. 1744. (Hannov. 1779—1784.) tom. I. obs. 209. Kortholt, de pactis dotal. sec. ius comm. et statut. Francof., Giess. 1768. Dabelow, Handbuch des Pand.-Rechtes (Halle 1816—1818), Bd. 3, §. 283. Bopp, Mitteilungen aus den Materialien der Geſetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Heſſen-Darmſtadt, Bd. 3, S. 127.

5) §. 13. J. de nupt. (1. 10.) §. 2. J. de hereditat. quae ab intest. defer. (3. 1.) L. 65. D. de iudic. (5. 1.) L. 48. D. soluto matrim. dos quemadm. pet. (24. 3.) L. 5. 10. 11. C. de naturalib. lib. (5. 27.) Nov. 74. cap. 4. §. 1. 2.

6) L. ult. D. de suis et legit. hered. (38. 16.) L. 5. C. de pactis conventis. (5. 14.) L. 3. C. de collationibus. (6. 20.)

7) L. 12. pr. L. 24. L. 26. pr. et §. 1. D. de pact. dot. (23. 4.) L. 6. u. 9. C. de pact. conventis. (5. 14.)

das Heurathsgut gaben, nicht anders als vor Schließung der Ehe, außerdem nur unter Zuſtimmung der Ehefrau[8]), geſchloſſen werden, und zwar blos durch den Conſens der Contrahenten[9]), der auf jede Art, ſelbſt nicht nothwendig durch Worte, wie z. B. bei Taubſtummen[10]), zu erkennen gegeben werden durfte. Zum Beweiſe dieſes Conſenſes dienten zwar die instrumenta dotalia, ſie waren aber nicht unumgänglich dazu nöthig, um auf einen ſolchen Vertrag klagen zu können[11]). Auch wurde bei Wiedererneuerung einer Ehe der früher geſchloſſene Ehevertrag für ſtillſchweigend beſtätigt angenommen[12]). Der Inhalt der römiſchen Dotalverträge war theils nach den eben angegebenen, theils nach allgemeinen Grundſätzen beſtimmt, in letzterer Hinſicht dahin, daß ſie den guten Sitten, den beide Theile verpflichtenden, abſolut gebietenden Geſetzen, den nach den perſönlichen Verhältniſſen der Ehegatten ſtattfindenden Forderungen der Billigkeit, und überhaupt dem Weſen der Ehe nicht entgegen ſein, auch die Rechte dritter nicht einwilligender Perſonen nicht verletzen durften. Dem römiſchen Rechte beſonders eigen ſind die Vorſchriften, daß jene Verträge den geſetzlichen Rechten des Mannes an der dos (ſ. den Art. Brautgabe, Bd. 2, S. 398 flg.), und dem Zwecke der Letzteren (z. B. ſo, daß dieſe dem Manne nutzlos wird)[13]), im Gegentheil aber auch den Rechten der Frau an ihrem Heurathsgute (z. B. ſo, daß dieſes in Gefahr kommt, verloren zu werden, oder daß die Rückforderung deſſelben erſchwert wird, wie durch die Verordnung, daß der Mann nur dolus präſtiren ſoll[14])), nicht nachtheilig ſein konnten. Den römiſchen Grundſätzen über Ungiltigkeit der Erbverträge entſpricht es endlich, daß zwar in den Dotalverträgen Beſtimmungen für den Fall der Eheſcheidung erlaubt waren[15]), ſolche aber nicht auf den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod angewendet werden konnten[16]). Die Beſtimmungen über die Succeſſion der Ehegatten in den Dotalverträgen waren auf dos und donatio propter nuptias beſchränkt, durften keine Univerſalſucceſſion begründen und ſetzten Gleichheit des wechſelſeitig bedungenen lucrum voraus[17]).

Von viel größerem Umfange ſind die teutſchen Eheverträge. Schon ſehr frühzeitig[18]) finden wir ſie in Teutſchland, oft mit großer Publicität, und vorzüglich zur Bezeichnung der feierlichen Ehe, im Gegenſatze

8) L. 7. u. 20. §. 1. D. de pact. dotalibus. (23. 4.)
9) L. 1. pr. D. eod. L. 29. pr. D. de iure dotium. (23. 3.)
10) L. 73. D. eod. Vgl. auch c. 25. X. de sponsal. (4. 1.)
11) L. 4. in fine D. de fide instrument. (22. 4.)
12) L. 30. 31. 40. 64. D. de iure dot. (23. 3.)
13) L. 4. D. de pact. dotalibus. (23. 4.) (Hänſel) Bemerkungen und Excurſe über Curtius, Handbuch, 1. Abth., §. 133, S. 236.
14) L. 6. D. de pact. dot. (23. 4.)
15) L. 3. D. eod. Hänſel a. a. O. §. 133.
16) Wir ſind in dieſer kurzen Abhandlung der auf die Theorie der teutſchen Eheverträge, wie ſie ſich jetzt geſtaltet haben, nicht einflußloſen Theorie der römiſchen Dotalverträge vorzüglich der Darſtellung Glück's a. a. O. §. 1244 u. 1245, S. 330 flg. nachgegangen.
17) Hänſel a. a. O. §. 134, S. 237.
18) Doch noch nicht bei Tacitus. Vergl. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Bd. 1 (Göttingen 1834), §. 19, Note f.

zum Concubinate[19]). Man pflegte ſogar Ehen, die ohne Ehevertrag eingegangen wurden, mit dem beſonderen Namen „gerönte oder gerenkte Ehen" zu belegen[20]) (neuerlich unverdingte Ehen, im Gegenſatze von verdingten Ehen, d. h. ſolchen, die mit Gedinge eingegangen ſind)[21]). Der Bräutigam durfte ſeiner Braut eine Morgengabe in Gold oder Mobilien, ja ſelbſt, mit Einwilligung ſeiner nächſten Erben, in Eigenthum an Allodialgrundſtücken oder in Nießbrauch an Eigen oder Lehen ausſetzen, und er durfte dann, ohne der Ehefrau Zuſtimmung, jene Immobilien nicht veräußern; ſie behielt ſogar das in der Eheberedung ihr ausgeſetzte Leibgeding, wenn auch der Mann ſein Gut verwirkt hatte[22]). Weſentlich unterſcheiden ſie ſich dadurch von den römiſchen Dotalverträgen, daß ſie, neben den perſönlichen und Vermögensverhältniſſen beider Ehegatten gegen einander, vorzüglich die wechſelſeitige Erbfolge der Ehegatten zum Gegenſtande haben[23]), und in dieſer Beziehung vor Einführung des römiſchen Rechtes ganz unbeſtritten wie andere teutſche Erbverträge unwiderruflich waren. Erſt nachher fingen die Romaniſten an, die teutſchen Erbverträge nach den Principien der römiſchen letzten Willensverordnungen zu beurtheilen[24]). Dieß führte vorzüglich zu der ſo viel beſtrittenen[25]) Eintheilung der Eheverträge in einfache oder unwiderrufliche, und gemiſchte oder widerrufliche (pacta dotalia simplicia et mixta), indem man unter den erſteren ſolche verſteht, die in Form eines Vertrages, und ſonach als unwiderruflich, rein nach der Natur der Verträge zu beurtheilen ſind, unter letzteren ſolche, die in Form eines letzten Willens aufgenommen ſind, und daher von jenen Romaniſten für widerruflich geachtet, und nach den römiſchen Grundſätzen über letzte Willensverordnungen beurtheilt wurden[26]). Denn ſie meinten[27]), daß Niemand ſeinem Rechte auf Aenderung ſeines letzten Willens giltig entſagen könne, und ſie ſuchten daher dieſe römiſchen Grundſätze mit denen der vorgefundenen teutſchen Eheverträge dadurch zu vereinigen, daß ſie für den Fall, wenn in einem Ehevertrage zugleich über die Succeſſion Beſtimmungen getroffen waren, die Form der letzten Willensverordnungen dafür

---

19) Mittermaier a. a. O. §. 770.

20) Ebendaſ. Note 5.

21) Vgl. Danz a. a. O. §. 566.

22) Eichhorn a. a. O. Th. 2, §. 369; Th. 3, §. 429; Th. 4, §. 569.

23) Glück a. a. O. §. 1244 a. E., S. 336, und §. 1246, S. 374. — Runde, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes, §. 570.

24) Mittermaier und Glück a. a. O.

25) Grau, mixtura incongrua iur. romani et germ. in practicor. dist. pact. dot. in simpl. et mixta. Marburg. 1744. Hombergk a Vach, de orig. atque indole distinct. pact. dotal. in simplicia et mixta. Marburg. 1749. Wesel, de societ. connub. tract. II. cap. 1. Leyser, medit. ad pand. vol. V. spec. 308. med. 1 et 3. Buinink, error. pragm. circa dist. pact. dotal. in simpl. et mixta. Colon. (Francof.) 1770. Pauli, de divis. pact. dot. in simpl. et mixt. orig. etc. Vit. 1717 (1771). Runde, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes, §. 570; Danz dazu, Bd. 6, S. 181.

26) Mittermaier u. Glück a. a. O.

27) Vgl. Glück a. a. O. S. 375.

verlangten, dann aber auch die Widerruflichkeit dafür in Anſpruch nahmen. So gewiß dieſe Anſicht irrthümlich war, da die teutſchen Erbverträge zu ihrer Giltigkeit keine Teſtamentsform erheiſchen, aber auch unwiderruflich ſind, ſo gewiß iſt doch, bei den getheilten Anſichten wenigſtens der älteren Rechtslehrer darüber, die Vermeidung aller Ausdrücke, welche für die Abſicht, eine letzte Willensſtiftung und nicht einen Ehe- oder Erbvertrag errichten zu wollen, gedeutet werden könnten, ſehr rathſam [28]). Uebrigens iſt die Meinung allgemein angenommen, daß in Teutſchland ſelbſt Ausdrücke, wie erben, erblich zufallen, erblich haben und behalten, mit den Kindern in gleiche Theilung gehen, ſuccediren, vermachen, Erb- und Verlaſſenſchaft, auf den Todesfall u. ſ. w., ingleichen die Dispoſition über den geſammten Nachlaß und die Einſetzung eines Univerſalerben, endlich die Beobachtung gewiſſer in der Regel bei letzten Willensſtiftungen erforderlicher Formalitäten, z. B. Zeugenzuziehung, Codicillarclauſel ꝛc., doch nicht als Beweis einer römiſchen letzten Willensſtiftung oder eines gemiſchten Ehevertrages angeſehen werden können, da nach teutſchem Rechte die Univerſalſucceſſion nicht blos durch die römiſchen Teſtamente, Fideicommiſſe, Schenkungen auf den Todesfall, ſondern auch durch bloße Erbverträge inter vivos beſtimmt werden kann [29]). Trotz der Unrichtigkeit jener Anwendung der römiſchen Grundſätze auf das ganz teutſche Inſtitut der Erb-, und inwiefern der Erbvertrag dem Ehevertrage beigefügt iſt, der Eheverträge hat ſich doch obgedachte Anſicht über die Widerruflichkeit der für gemiſcht gehaltenen Eheſtiftungen in viele teutſche Particulargeſetze und in die Obſervanz vieler teutſchen Staaten eingeſchlichen [30]). So wird z. B. im Königreiche Sachſen die Eheſtiftung in der Regel als Contract behandelt, namentlich wenn der Vertrag blos eine Quote des Vermögens, nicht die Univerſalſucceſſion, und wenn er blos dos und donatio propter nuptias zum Gegenſtande hat; im entgegengeſetzten Falle aber wird die Eheſtiftung als donatio mortis causa aufrecht erhalten, wenn ſie vor fünf Zeugen errichtet oder gerichtlich inſinuirt wurde [31]). Um die Fälle der gemiſchten Eheſtiftung ganz klar darzulegen, hat man noch näher ſo unterſchieden: Die Eheverträge ſind entweder einfache in Anſehung des Objectes (pacta dotalia simplicia ratione obiecti), d. h. ſolche, in

---

28) v. Quiſtorp, rechtliche Bemerkungen (Leipzig 1798), Th. 1, Nr. 36, S. 131.

29) Leyser l. c. spec. 108. med. 6. 9. 10. Runde a. a. O. §. 570. Danz a. a. O. dazu S. 184. Curtius, Handbuch des in Kurſachſen geltenden Civilrechtes, §. 136. Mittermaier a. a. O. §. 360. Glück a. a. O. §. 1248, S. 383 flg.

30) Mehrere ſolche teutſche Particulargeſetze ſind aufgeführt bei Mittermaier a. a. O. §. 359, Note 9; Runde a. a. O. §. 571, Note a; Leyser l. c. spec. 308. med. 3; vorzüglich aber bei de Selchow, elementa iur. germ. priv. §. 427. not. 2. Vgl. auch Kortholt l. c.; Glück a. a. O. §. 1246, S. 375.

31) Kurſächſiſche Conſtitutionen von 1572, Th. 2. Conſt. 43. Consult. tom. I. p. 1. qu. 9. — Resp. scab. 117. tom. II. p. 1. qu. 21. Vgl. Curtius a. a. O. §. 134. Note a. Hänſel dazu 1. Abth., S. 237.

denen blos über dos und donatio propter nuptias disponirt iſt und bei denen daher, wenn nicht eine Derogation durch Gerichtsbrauch und Particulargeſetze nachgewieſen wird, lediglich die Grundſätze des römiſchen Rechtes zu beobachten ſein ſollen, oder gemiſchte in Anſehung des Objectes (pacta dotalia mixta ratione obiecti), worin auch die Erbfolge berückſichtigt iſt, und zwar entweder in der Form wirklicher Verträge, — einfache in Anſehung der Form (pacta dot. simplicia ratione formae s. modi), welche dann nach teutſchen Rechtsgrundſätzen zu beurtheilen ſind, oder in der vollſtändigen römiſchen Form der letzten Willensverordnungen, — gemiſchte in Anſehung der Form (pacta dotalia mixta ratione formae s. modi), welche dann auch den römiſchen Geſetzen unterliegen [32]). Die einfachen Eheverträge werden blos nach den teutſchen Grundſätzen von Verträgen beurtheilt, bedürfen daher keiner äußeren Form; die innere der beiderſeitigen Einwilligung reicht hin, um ſie ſogleich vollkommen verbindlich und unwiderruflich zu machen und, falls ſie über die Succeſſionsrechte disponiren, ein wahres Erbrecht zu begründen. Die gemiſchten Eheverträge dagegen werden — ſo hat ſich die Praxis geſtaltet — nach den Grundſätzen der Schenkung auf den Todesfall beurtheilt, müſſen daher vor fünf Zeugen oder gerichtlich errichtet werden, ſind bis zum Tode eines der beiden Ehegatten widerruflich, und der überlebende, oder donatarius mortis causa, wird nur successor singularis, unterliegt dem Abzuge des falcidiſchen Viertheils, und neben dieſer successio ex pacto dotali beſteht Inteſtat- oder Teſtamentserbſchaft; in der Regel alſo ſind die Kinder des überlebenden Gatten die Inteſtaterben [33]).

Allgemein wird bei den Eheverträgen der Rechtsparömie: Willkür bricht Stadtrecht ꝛc. [34]), nachgegangen; es werden daher nur diejenigen Grundſätze des römiſchen Rechtes bei den reinen teutſchen Erbverträgen in Anwendung gebracht, welche nicht dem teutſchen Charakter der Eheverträge widerſprechen; es wird ſonach auch ein Ehevertrag, dem Geiſte der teutſchen Verträge gemäß, ohne Rückſicht auf ſeine Form, für einfach und unwiderruflich angenommen, wenn nicht die Abſicht der Parteien erweislich und klar vorliegend die war, blos ein widerrufliches Geſchäft, eine letztwillige Verordnung vorzunehmen [35]), und wenn nicht am Orte des fraglichen Falles durch ein Particulargeſetz einfache Ehepacten unterſagt ſind [36]). Die Geſetze der meiſten teutſchen Lande ſtimmen dieſen ächt teutſchrechtlichen Prin-

---

32) Danz a. a. O. §. 570, S. 182 flg.

33) Glück a. a. O. §. 1247, S. 379 flg.; §. 1249, S. 389. Thibaut, Syſtem des Pandektenrechts, 8. Ausg., §. 373. de Cannegiesser, collectionis natabiliorum decis. sup. trib. appell. Hasso—Cassel. tom. I. dec. 19. p. 68.

34) Danz a. a. O. §. 566, S. 170.

35) Curtius a. a. O. §. 136.

36) Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg'ſche Ausgabe, Bd. XL. (II. 63.) Glück a. a. O. §. 1243, S. 383 u. 384, und §. 1246, S. 377. Mittermaier a. a. O. §. 359 u. 360. Leyser l. c. spec. 308. med. 4. 6.

cipien bei[37]), und es iſt keinem Zweifel unterworfen, daß ſelbſt in einem Lande, wo gemiſchte Eheverträge eingeführt ſind, doch auch einfache errichtet werden können[38]). Bedürfen, wie erwähnt, gemeinrechtlich die teutſchen Eheverträge keiner beſonderen äußeren Form[39]), alſo z. B. keiner Zeugen[40]), ſo bedürfen ſie auch nicht einmal eines ſchriftlichen Aufſatzes[41]) zu ihrer Giltigkeit[42]), noch weniger in der Regel der gerichtlichen Confirmation[43]). In der erſten Beziehung werden daher die Eheverträge eingetheilt in verbriefte und unverbriefte Gedinge, je nachdem ein Aufſatz darüber gefertigt worden iſt oder nicht[44]). Sowohl Aufſatz als Confirmation ſind indeß, bei den obwaltenden Meinungsverſchiedenheiten unter den Rechtslehrern, zur Sicherung des Beweiſes ſehr räthlich[45]); für nöthig wird letztere häufig dann erachtet, wenn dem einen der Ehegatten ein 500 Ducaten überſteigender Vortheil gewährt wird, um ſo die zur Giltigkeit eines ſolchen Geſchenkes nach römiſchem Rechte erforderliche gerichtliche Inſinuation zu bewirken (ſ. den Art. Schenkung)[46]). Auch wird ſie dann ausnahmsweiſe erfordert, wenn in Anſehung eines Lehns etwas in der Eheſtiftung disponirt wird, wozu die Contrahenten eigenmächtig nicht berechtigt und wozu ſie der Einwilligung der Agnaten oder Cognaten bedürftig ſind[47]), ſo wie ſich die Nothwendigkeit der gerichtlichen Confirmation in den Landen, wo über Immobilien ohne ſolche nicht dis-

---

37) Ein Verzeichniß derſelben ſ. bei de Selchow l. c. not. 3. Vergl. auch Leyser l. c. coroll. 3.

38) Glück a. a. O. S. 378.

39) Curtius a. a. O. §. 135. Runde a. a. O. §. 567. Danz dazu, Glück a. a. O. §. 1245, S. 341.

40) Gottschalk, disceptat. forens. P. I. c. 12. Strube a. a. O. Bed. XLI. (IV. 166.)

41) Leyser l. c. spec. 307. med. 3 et 4. Glück a. a. O. §. 1245, S. 341. Hänſel a. a. O. §. 135.

42) Vergl. indeß Weichſel, Abhandl. über verſch. Rechtsmaterien (Magdeb. 1829), Abh. 2. Runde a. a. O. §. 566, 567, u. Danz dazu.

43) Mittermaier a. a. O. §. 360. Hagemann und Bülow, praktiſche Erörterungen, Bd. 2, S. 368. Vergl. Hänſel a. a. O. §. 135, und die daſ. angeführten Schriftſteller. v. Trützſchler, in der Note 47 angezogenen Stelle. de Cannegiesser l. c. tom. III. dec. 90. p. 90. Strube a. a. O. Bed. XXXVIII (I. 110.) u. XXXIX (IV. 115.). Danz a. a. O. §. 567, S. 173. Böhmer, de confirmatione et infirmatione pactorum dotalium iud. etc. Göttingae 1784 Die Vorſchriften des bayerſchen und preußiſchen Landrechtes über die gerichtliche Confirmation ſ. bei Glück a. a. O. Note 19. Wegen Braunſchweig-Lüneburg ſ. vorſtehend angezogenen Böhmer. Vergl. auch Leyser l. c. med. 2. 3. 4.

44) Die Verfügungen des bayerſchen Landrechtes über ſchriftliche Abfaſſung der Eheverträge ſ. bei Glück ebend.

45) Vgl. Leyser l. c. spec. 310. med. 1.

46) v. Quiſtorp a. a. O.

47) de Cannegiesser l. c. tom. I. dec. 36. p. 143. (v. Trützſchler) Anweiſung zu Abf. rechtl. Auſſ., 1. Th., 2. Hauptabth., 3. Hptſt., §. 51. Danz a. a. O. §. 567, S. 172.

ponirt werden kann, dann von ſelbſt verſteht, wenn dieſe einen Gegenſtand der Eheſtiftung ausmachen[48]), außerdem aber nicht[49]).

Die Subjecte der teutſchen Eheverträge ſind die Braut- oder Eheleute, welche über die Nebenbeſtimmungen rückſichtlich ihrer Ehe einen Vertrag eingehen wollen, und nächſt ihnen ihre Eltern[50]). Denn die Zuziehung der Verwandten zu dieſen Verträgen iſt ein Hauptgrundſatz des teutſchen Rechtes[51]). Unſtreitig müſſen auch bei Minderjährigen deren Vormünder, bei Weibsperſonen, welche nicht mehr unter elterlicher Gewalt ſtehen, da, wo die Geſchlechtscuratel noch exiſtirt, deren Geſchlechtscuratoren zuſtimmen[52]). Die entgegengeſetzte Meinung gründet ſich auf das römiſche Geſetz[53]), nach welchem der Minderjährige eine Ehe ohne Zuſtimmung des Vormundes ſchließen kann. Allein abgeſehen davon, daß die Giltigkeit dieſes Geſetzes an ſich manchem Zweifel unterworfen iſt, ſo ſpricht es nur von copulandis nuptiis, und dabei von einem curator „qui solam rei familiaris sustinet administrationem,“ ſetzt alſo voraus, daß nicht etwas von den Geſetzen Abweichendes rückſichtlich der res familiaris vor ſei. Allein der Ehevertrag wird gerade dadurch veranlaßt, daß die Ehe- oder Brautleute bei demjenigen es nicht bewenden laſſen wollen, was die Geſetze rückſichtlich jener Nebenverhältniſſe bei der Ehe beſtimmen, indem ſie außerdem keines Vertrages bedürften[54]). Ueberdieß werden in Bezug auf die Verhandlungen rückſichtlich der dos in den Geſetzen ſelbſt die Minderjährigen als ſolche angeſehen, es wird ihnen bei dießfallſigen Verletzungen restitutio in integrum zugeſtanden[55]). Und was das teutſche Inſtitut der Geſchlechtsvormundſchaft anlangt, das die Zuſtimmung des Curators in der Regel zu allen Contracten fordert, durch welche die Frau in Beziehung auf ihr Vermögen ſich verbindlich machen will, ſo kennen ſolches die römiſchen Geſetze gar nicht[56]).

Der oben erwähnte Grundſatz des römiſchen Rechtes, daß nichts

---

48) v. Trützſchler a. a. O. Runde a. a. O. §. 567, und Danz dazu.

49) Mittermaier a. a. O. und in Note 13 gegen Leyser l. c. med. 2.

50) v. Trützſchler a. a. O. §. 4. Stryk l. c. c. 5. §. 14. Curtius a. a. O. §. 137. Berger, oeconom. iuris loco infra not. 52 cit.

51) Mittermaier a. a. O. §. 359. Danz a. a. O. §. 567, S. 272.

52) Hommel, rhapsod. quaestionum obs. 25; in gewiſſer Maße: Berger, oeconomia iur. lib. I. tit. III. th. 11. not. 21. Richter, decis. 26. n. 46; vorzüglich aber v. Trützſchler a. a. O. beſ. Note a. Curtius a. a. O. und Hänſel dazu S. 239. Glück a. a. O. §. 1245, S. 342.

53) L. 8. D. de nuptiis. (5. 4.) Leyser l. c. spec. 107. med. 2. Stryk l. c. §. 13.

54) Runde a. a. O. §. 566.

55) L. 9. §. 1. D. de minoribus XXV ann. (4. 4.) L. un. C. si adversus dotem. (2. 24.) Glück a. a. O. Th. 6, §. 462, S. 16.

56) Im Königreiche Sachſen war ſonſt die Zuſtimmung des Geſchlechtsvormundes unbedingt erforderlich. Mandat v. 10. Nov. 1828, §. 3, Geſetzſamml. S. 244. Weber, Darſtellung des im Königreiche Sachſen geltenden Kirchenrechtes, Th. 2, Buch 2, §. 128, Note 40. Dieß ceſſirt aber ſeit gänzlicher Aufhebung der Geſchlechtscuratel durch Geſetz vom 8. Jan. 1838, Geſetzſamml. S. 23.

Gegenſtand der Eheverträge ſein kann, was dem Weſen der Ehe und den daraus nothwendig hervorgehenden Wirkungen derſelben entgegen iſt, daß vielmehr dergleichen Beſtimmungen für nicht beigefügt zu achten ſind, findet, nach allem Vorgetragenen, volle Anwendung auf die teutſchen Eheverträge. Eben das gilt aber auch von Allem, was der Sittlichkeit und verbietenden Geſetzen widerſpricht [57]). Im Allgemeinen pflegen die Eheverträge folgende Gegenſtände zu haben [58]): die Zeit der Vollziehung der Ehe, die Größe des beiderſeitigen Zubringens, die Rechte an dem beiderſeitigen Vermögen, beſonders deſſen Benutzung während der Ehe, im Allgemeinen alle Vermögensverhältniſſe, vorzüglich die gegenſeitige Succeſſion und die Erbfolge in Bezug auf die gemeinſchaftlichen Kinder, welche, wenn ihr Pflichttheil nicht verletzt iſt, den Ehevertrag als eine, keiner Solennitäten bedürfende divisio parentum inter liberos anzuerkennen haben [59]); ferner das gegenſeitige perſönliche Verhalten während der Ehe, oft die ausbedungene Vormundſchaft der Ehefrau über die Kinder nach dem Tode des Ehemannes mit oder ohne Rechnungsablegung [60]); endlich und vorzüglich bei gemiſchten Ehen die Erziehung der aus dieſer Ehe erzeugten Kinder und deren Religion. Daß in dieſem letzten Punkte die Willkür der Ehegatten häufig durch Particulargeſetze beſchränkt wird, dieſer ſehr delicate Punkt daher, beſonders in den neueren Zeiten, mit großer Vorſicht und unter genauer Berückſichtigung der Landeskirchenverhältniſſe zu behandeln iſt, dieß iſt bekannt [61]). Als ein urteutſches Inſtitut ordnet der Ehevertrag vorzüglich die oft ſehr ungewiſſen Verhältniſſe der in Teutſchland üblichen beſonderen Vermögens- und Succeſſionsarten der Eheleute [62]), ſonach nicht blos die Verhältniſſe des Brautſchatzes (mit Einſchluß der Vermehrung deſſelben — accessio s. augmentum dotis) und der Widerlage oder des Gegenvermächtniſſes, wie die römiſchen Dotalverträge, ſondern auch und vorzüglich die Verhältniſſe der Gütergemeinſchaft. Dieſe wird dadurch eine vertragsmäßige (communio bonorum conventionalis), und zwar entweder rückſichtlich aller Güter (comm. bon. universalis), oder nur der Errungenſchaft (acquaestus) — comm. bon. particularis, trägt auch gewöhnlich auf den überlebenden Ehegatten, nach dem Sprichwort: Längſt Leib, längſt Gut, die ganze Erbſchaft mindeſtens zum lebenslänglichen Nießbrauch über, während rückwärts aus dieſer Formel und den Formeln: Leib an Leib, Gut an Gut, Hut bei Schleier, Schleier bei Hut, nicht unbedingt auf gegenſeitige bedungene Succeſſion,

---

57) Vergl. auch Danz a. a. O. §. 566, S. 170; Hänſel a. a. O. §. 133, S. 235.

58) Curtius a. a. O. §. 133. Runde a. a. O. §. 566, Danz dazu S. 170. Glück a. a. O. §. 1244, S. 335. Andreas Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. 2, u. d. W. Ehepacten.

59) Danz a. a. O. §. 570, Note *).

60) v. Trützſchler a. a. O. §. 44.

61) Runde a. a. O. §. 569, Danz dazu. Glück a. a. O. §. 1244, S. 335. v. Trützſchler a. a. O. §. 5 flg.

62) Ueber nachſtehende Gegenſtände der Eheverträge iſt beſonders nachzuſehen v. Trützſchler a. a. O. §. 8 flg.

oder auf conventionelle Gütergemeinſchaft geſchloſſen werden darf[63]). Oefter wird auch da, wo dieß erlaubt iſt, der Nichteintritt der particularrechtlichen Gütergemeinſchaft bedungen[64]), — Alles Verhältniſſe, die, unvorſichtig in der Eheſtiftung behandelt, zu großen Streitigkeiten Veranlaſſung geben können[65]). Fernere Objecte dieſer Art ſind die Paraphernalgüter und die Ausſtattung der Frau, deren Nadel- und Spillgelder (bona receptitia), Morgengabe, Mußtheil, Leibzucht (Witthum, Leibgeding), Eingeſchneitel (supervita). Da mehrere dieſer Gegenſtände blos bei reicheren Familien, namentlich dem vornehmen Güteradel vorkommen, ſo ſind es auch gerade dieſe Familien, bei denen ſich die Eheſtiftungen in Teutſchland am meiſten und ſchon frühzeitig[66]) finden. Beinahe blos bei dem höchſten Adel Teutſchlands ſehen wir auch, und jetzt beſonders häufig, morganatiſche Ehen; dieſe haben ihr Recht größentheils in den Eheſtiftungen zu ſuchen[67]), wogegen wir in den Eheſtiftungen bürgerlicher Ehegatten vorzüglich die Beſeitigung der Ungewißheiten der ſtatutariſchen Succeſſion beabſichtigt finden.

Eine beſtimmte Zeit für Errichtung der Eheſtiftungen iſt nirgends gemeinrechtlich vorgeſchrieben; es kann dieß vor oder während der Ehe geſchehen, geſchieht aber am häufigſten bei oder nach Abſchluß der Sponſalien[68]). Iſt die Ehe aber ſchon vollzogen, oder ſind auch nur die Sponſalien unbedingt abgeſchloſſen, ſo kann kein Theil verlangen, daß der andere Ehegatte ſich in der Eheſtiftung die ihm durch die Ehe oder Sponſalien entſtandenen Rechte ſchmälern laſſe. Auch müſſen bei Errichtung einer Eheſtiftung nach vollzogener Ehe die geſetzlichen[69]) Beſtimmungen wegen Ungiltigkeit der Schenkungen unter Ehegatten berückſichtigt werden[70]).

Die Wirkungen der Eheſtiftungen ſind von denen anderer Verträge nicht verſchieden; es findet alſo, außer mit Zuſtimmung des Gegentheiles[71]), keine Abänderung derſelben ſtatt[72]), ſo daß auch, da ſie nicht

---

63) Mittermaier a. a. O. §. 360, und die daſ. angezogenen Schriften. Strube a. a. O. Bed. 41 (IV. 166).

64) Rechtliche Wirkungen einer von den Landesgeſetzen wegen der ehelichen Gütergemeinſchaft abweichenden Eheberedung in Günther, rechtliche Bemerkungen ꝛc. (Helmſtädt 1802), S. 20.

65) Z. B. vergl. v. Hohnhorſt, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, Jahrg. 1, S. 195.

66) Eichhorn a. a. O. Th. 4, §. 572.

67) Runde a. a. O. §. 572 flg., und Danz dazu a. a. O.

68) Danz a. a. O. §. 566, S. 169. Glück a. a. O. §. 1244, S. 335, und der da angezogene Brewer, diss. an matrimonio iam indefinite contracto adhuc pacta dotalia condi queant. Bonnae 1782. Weber a. a. O. §. 128. Mittermaier a. a. O. §. 360, und die dort Note 8 angez. Schriften und Geſetze.

69) L. 22. D. de pactis dotalibus. (23. 4.)

70) Hänſel a. a. O. §. 133, S. 235.

71) Eine merkwürdige Entſcheidung in dieſer Beziehung ſ. bei Leyser l. c. spec. 307. med. 8.

72) v. Hohnhorſt a. a. O. 4. Jahrg., S. 351. v. zu Rhein und Sartorius, Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle, Bd. 1, St. 9, S. 244.

römiſche letzte Willensſtiftungen ſind, das durch ſie begründete Erbrecht dem überlebenden Ehegatten weder durch Teſtament, noch durch Codicill, noch durch Schenkung auf den Todesfall entzogen werden kann [73]). Daſſelbe verſteht ſich aber auch nur von demjenigen Vermögen, welches bei dem Tode des zuerſt ſterbenden Ehegatten noch vorhanden, daher dieſer an keiner ſonſt erlaubten Dispoſition über ſein Vermögen gehindert iſt, wenn er ſich nicht derſelben in der Eheſtiftung, oder ſonſt ausdrücklich begeben hat [74]). Iſt auch der überlebende Ehegatte in der Eheſtiftung zum Erben des ganzen Vermögens oder eines verhältnißmäßigen Theiles (pars quota) deſſelben eingeſetzt, ſo iſt er als **successor universalis** zu Bezahlung der Erbſchaftsſchulden ganz oder verhältnißmäßig verbunden, wogegen dieß wegfällt, wenn ſeine Einſetzung **in re certa**, in eine gewiſſe Summe (pars quanta) erfolgt, er alſo nur **successor singularis** iſt [75]). Ob aber in einem Ehevertrage dritte Perſonen zu Erben eingeſetzt werden können, iſt eine höchſt beſtrittene, in dem Art. Erbvertrag abzuhandelnde Frage [76]). Im Allgemeinen iſt hier nur ſo viel zu bemerken, daß beide Contrahenten gegen einander verbindlich werden, keinen Anderen als jenen Dritten zum Erben einzuſetzen, daß dieſer ſelbſt aber kein Recht aus dem Ehevertrage erwirbt, wenn er die ihm darin ausgeſetzten Vortheile nicht ausdrücklich acceptirt [77]). Bei einer förmlichen Erbeinſetzung in den Ehepacten darf auch der Pflichttheil derer nicht verletzt werden, welche einen ſolchen zu fordern haben [78]). Rückſichtlich der Kinder, die zur Zeit der vollzogenen Eheverträge wirklich leben, oder im rechtlichen Sinne als lebend gedacht werden, waltet darüber kein Streit ob. Der Zweifel, den man aber gegen die dießfallſigen Rechte der Eltern erhoben hat [79]), reducirt ſich darauf, daß dieſe allerdings dann wegen verletzten Pflichttheiles ſich nicht beſchweren können, wenn die Eheberedung unter ihrer Zuſtimmung geſchloſſen worden iſt [80]). Die Verletzung des Pflichttheiles hat übrigens hier nach der richtigeren Meinung [81]) nicht die Ungiltigkeit des ganzen Ehevertrages zur Folge, ſondern blos das Recht auf die Ergänzungsklage. Dem widerſpricht auch das alte Sprichwort nicht: „Kinderzeugen bricht Eheſtiftung," da ſolches blos von dem Falle zu verſtehen iſt, wo Kinder zur Zeit der Schließung der Ehepacten im rechtli-

---

73) Dabei entſteht aber die Frage: „Ob zu vermuthen, daß dasjenige, ſo in der Eheſtiftung und im Teſtamente dem überlebenden Ehegatten vermacht iſt, doppelt gefordert werden könne?" Strube a. a. O. Bed. 45 (IV. 185).

74) Curtius a. a. O. §. 135. Vergl. Strube a. a. O. Bed. 44 (IV. 33).

75) Curtius ebendaſ. §. 137.

76) v. Hohnhorſt a. a. O. 5. Jahrg., S. 61 u. 339.

77) Mittermaier a. a. O. §. 360 a. E.

78) v. Trützſchler a. a. O. §. 45.

79) **Ayrer, de legitima parentum pactis dotalibus liberorum exclusa.** Göttingae 1748.

80) Curtius a. a. O. §. 137, und Hänſel a. a. O. dazu S. 239 u. 240, und die da angezogenen Schriftſteller. v. Hohnhorſt a. a. O. 4. Jahrg., S. 351. v. Trützſchler a. a. O.

81) **Hommel l. c. obs. 203.**

chen Sinne noch gar nicht exiſtirten[82]). Dagegen muß mit Recht, wenn in der Eheſtiftung über die Succeſſion in das Vermögen der Eheleute nach ihrem Tode disponirt und ihnen ihre ſtatutariſche Erbportion nicht ausdrücklich vorbehalten iſt, angenommen werden, daß ſie dadurch der ſtatutariſchen Succeſſion entſagt haben, da ſie der Natur der Sache nach nicht verlangen können, einmal aus dem Ehevertrag und noch einmal aus dem Statut zu erben[83]). Die oft beſprochene[84]) Frage über die Wirkungen der Eheſtiftung, wenn nach deren Errichtung über das Vermögen eines der Ehegatten Concurs ausbricht, bedarf einer beſonderen Beantwortung nicht, da ſie ganz nach den allgemeinen Grundſätzen über Giltigkeit der Verträge beim Concurs der Gläubiger zu beantworten iſt.

Die Aufhebung der Eheſtiftungen und ihrer Wirkungen erfolgt durch Einwilligung beider Ehegatten in erſtere (mutuo dissensu), jedoch nur ſo weit als nicht dritten Perſonen daraus ein Recht erwachſen iſt, durch Unterbleibung der Ehevollziehung[85]), weil letztere die Vorausſetzung iſt, unter welcher die Eheſtiftung geſchloſſen wurde (doch bleibt der aus den Ehepacten verpflichtet, der die Ehevollziehung ohne rechtmäßige Urſache verweigert[86])), durch Nichtigkeitserklärung oder wirkliche Eheſcheidung[87]) (nicht durch blos zeitige Trennung von Tiſch und Bett, und nicht ſo weit, daß der unſchuldige Theil die ihm für den Fall der Trennung zugeſtandenen Rechte verlöre[88])), endlich durch Kinderzeugung, wenn die Ehepacten auf den Fall einer kinderloſen Ehe geſchloſſen ſind, nach dem obgedachten Sprichwort: Kinderzeugen bricht Eheſtiftung[89]). Doch iſt dieß nur bei einer auf gedachten Fall der unberennten, unbeerbten, d. i. kinderloſen Ehe, im Gegenſatze von einer berennten, beerbten Ehe, geſchloſſenen Eheſtiftung der Fall, wenn die nachgeborenen Kinder auch den Zeitpunkt erleben, wo der Vertrag nach der Abſicht der Paciscenten in Erfüllung gehen ſoll[90]).

---

82) Hänſel a. a. O.

83) Leyser l. c. spec. 307. med. 5. Strube a. a. O. Bed. 43 (II. 100). Bauer, responsa tom. I. resp. 33. p. 132. Gottschalk l. c. tom. II. 2. Rivinus, de pactis dotalibus, in quantum statutis derogent vel minus. Lipsiae 1723.

84) Leyser l. c. spec. 309. med. 8 et 9. v. Hohnhorſt a. a. O. 8. Jahrg., S. 147. Scheidlein, Miscellen aus der Geſetzgebung des öſterreichiſchen Kaiſerſtaates, H. 3, Abh. 2, §. 142, S. 85. v. Wagersbach, Archiv für wichtige Anordnungen in den öſterreichiſchen Staaten ꝛc., H. 6, S. 244.

85) Nach königl. ſächſiſchem Rechte auch dann, wenn zwar durch Trauung, aber nicht durch Beiſchlaf die Ehe vollzogen iſt. Sächſ. Conſtitutionen v. 1572. P. III. const. 19.

86) Hänſel a. a. O. §. 138, S. 241.

87) Nach königl. ſächſiſchem Rechte muß aber der Ehegatte, welcher hiernach etwas verliert, was er nur gegen die Hingabe eines Theiles ſeines eigenen Vermögens erhalten hat, dieſes unverkürzt zurückerhalten. Weber a. a. O. Th. 2, Buch 2, Note 70, S. 1302.

88) Mittermaier a. a. O. §. 360. Stryk l. c. §. 47.

89) Curtius a. a. O. §. 138, und Hänſel dazu a. a. O. Glück a. a. O. Th. 25, §. 1249, S. 384 flg. Mittermaier a. a. O.

90) Runde a. a. O. §. 568, Danz dazu a. a. O. S. 174. Hänſel

Uebrigens geben bei Beurtheilung der Wirkungen der Eheſtiftung nicht die Geſetze des Contractsforum, ſondern die Geſetze des Ortes, wo der Mann ſeinen Wohnſitz hatte und wohin ihm die Frau folgte, die Norm[91]).

Neuerlich ſind auch bei legislativen Arbeiten die Eheverträge Gegenſtand vielfacher Erwägung geworden[92]). Buddeus.

Ehrloſigkeit und **Ehrenſchmälerung**[1]) ſind der Wortbedeutung nach Zuſtände der Perſon, in welchen ſie ihrer Ehre entweder gänzlich oder theilweiſe verluſtig iſt. Ob und inwieweit dieſe Zuſtände in juriſtiſcher Hinſicht von Bedeutung ſeien, hängt davon ab, ob die Fähigkeit zu dem Genuſſe gewiſſer Rechte an den Beſitz der ungeſchmälerten Ehre gebunden iſt. Denn die juriſtiſche Bedeutung der Ehrloſigkeit würde alsdann eben darin beſtehen, daß der Ehrloſe unfähig wäre, dieſe Rechte zu genießen, ſo wie auch der Ehre ſelbſt in juriſtiſcher Hinſicht nur inſofern Bedeutung zugeſchrieben werden kann, als ſie zu dem Genuſſe gewiſſer Rechte befähigt. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens iſt Ehre die Achtung oder der gute Name, welche einem Menſchen wegen ſeiner in ſittlicher und bürgerlicher Hinſicht untadelhaften Handlungsweiſe von anderen Menſchen zugeſtanden werden[2]). Wie dieſe Achtung nur in dem Urtheile anderer Menſchen beruht, ſo iſt ſie auch an und für ſich kein Gegenſtand des Rechtes und ohne rechtliche Folgen, obgleich natürlicher Weiſe dadurch nicht ausgeſchloſſen iſt, daß dieſe Achtung eines der werthvollſten Güter iſt, welche der Menſch beſitzen kann, und daß ſie eben deßwegen inſofern unter dem Schutze des Rechtes ſtehen muß, als es keinem Menſchen geſtattet ſein kann, die Ehre eines Anderen durch willkürliche und ungerechte Handlungen zu gefährden oder zu untergraben[3]). Aber eigentliche rechtliche Bedeutung kann dieſe Achtung nur dadurch erhalten, daß diejenigen, welche ſich derſelben zu erfreuen haben, zu dem Genuſſe gewiſſer Rechte fähig ſind, deren Andere blos aus dem Grunde, weil ſie ſich dieſer Ach-

---

a. a. O. §. 138. Mittermaier a. a. O. §. 360. Vgl. Glück a. a. O. §. 1249, S. 385. Pfeiffer, Entſcheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Caſſel, Dec. 134.

91) Dümont-Schauberg, Archiv für das Civil- und Criminalrecht, Bd. 8, S. 168. Glück a. a. O. Th. 6, §. 516, S. 300, nach Analogie des röm. Rechtes L. 65. D. de iudic. et ubi quisque. (5. 1.)

92) Beidtel, Betrachtungen über Gegenſtände der Civilgeſetzgebung und Staatswirthſchaft (Leipzig 1840), Nr. 4, S. 28 flg. Bolley, Entwürfe von Geſetzen für das Königreich Württemberg ꝛc. 4. Die Verträge über Erbſchaften und die Eheverträge. Stuttgart 1835. Entwurf eines Geſetzes in Betreff der Verträge über Erbſchaften und der Eheverträge, nebſt Motiven. Stuttgart 1840.

1) Vergl. im Allgemeinen vorzüglich Marezoll, über die bürgerliche Ehre (Gießen 1824), und v. Savigny, Syſtem des heutigen römiſchen Rechtes (Berlin 1840), Bd. 2, S. 60 flg.

2) Häufig unterſcheidet man zwiſchen äußerer und innerer Ehre, und verſteht unter der erſteren die Achtung, welche Jemand bei anderen Menſchen genießt, unter der letzteren den Grund, aus welchen ihm dieſelbe zugeſtanden wird.

3) S. darüber den Art. Injurien.

tung verluſtig gemacht haben, nicht theilhaftig werden können. Auf dieſe Weiſe bildet ſich durch die Rechte, welche der Staat nur denjenigen zugeſteht, welche Achtung und guten Namen genießen, der Begriff von bürgerlicher Ehre und bürgerlicher Ehrloſigkeit. Bürgerliche Ehre wird demnach die durch die Handlungsweiſe des Menſchen bedingte Fähigkeit, bürgerliche Ehrloſigkeit die durch die Handlungsweiſe deſſelben bedingte Unfähigkeit zu dem Genuſſe beſtimmter Rechte ſein. Wenn einmal die Fähigkeit zu dem Genuſſe beſtimmter Rechte davon abhängig gemacht iſt, daß Jemand eine ſolche Handlungsweiſe beobachte, durch welche Achtung und guter Name begründet wird, ſo wird auch die Geſetzgebung kaum umhin können, die Handlungsweiſe, welche die angegebene Rechtsfähigkeit und Rechtsunfähigkeit zur Folge haben ſoll, im Näheren zu beſtimmen. Denn das Urtheil der Menſchen iſt mitunter ſchwankend und auf Vorurtheile gegründet, ſo daß der Staat, wenn er die Fähigkeit zu dem Genuſſe gewiſſer Rechte davon abhängig machen will, daß ſich Jemand in dem Beſitze ſeiner Ehre befindet, dieſem Urtheile nicht füglich unbedingt vertrauen darf; jedes Falles kann der Staat Ehrloſigkeit und Ehrenſchmälerung mit der rechtlichen Wirkung, daß Unfähigkeit zu dem Genuſſe gewiſſer Rechte dadurch begründet werde, nur in Folge einer ſolchen Handlungsweiſe eintreten laſſen, durch welche Achtung und guter Name nicht nach dem Vorurtheile der Menge, ſondern nach einem vernünftigen und ſittlichen Maßſtabe verloren gehen.

Wenn ſich auf dieſe Weiſe die rechtliche Wirkung der bürgerlichen Ehrloſigkeit und Ehrenſchmälerung nicht anders als dadurch zu erkennen geben kann, daß dieſelbe unfähig macht, gewiſſe Rechte zu genießen, ſo darf man doch darum noch nicht ohne Weiteres Jeden, dem die Fähigkeit zu dem Genuſſe dieſer Rechte abgeht, für ehrlos anſehen. Denn es können auch andere Gründe ſein, von welchen Achtung und guter Name gar nicht abhängen, welche den Staat bewogen haben, gewiſſen Claſſen von Perſonen die Fähigkeit zu denjenigen Rechten abzuſprechen, deren auch die Ehrloſen unfähig ſind. So kann z. B. Frauenzimmern, oder Allen, welche ein gewiſſes Alter noch nicht erreicht haben, oder welche ſich zu einer gewiſſen Religion bekennen, ebenfalls die Fähigkeit zu den Rechten, zu welchen auch die Ehrloſigkeit unfähig macht, abgehen, ohne daß ſich darum ſagen ließe, daß die in eine dieſer Claſſen gehörigen Perſonen mit Ehrloſigkeit und Ehrenſchmälerung behaftet ſeien. Nur durch die Handlungsweiſe des Menſchen kann Ehre und Ehrloſigkeit deſſelben begründet werden, ſo daß auch nur diejenigen für ehrlos in juriſtiſcher Hinſicht gelten können, welche wegen ihrer Handlungsweiſe des Genuſſes beſtimmter Rechte für unfähig erklärt ſind.

Die durch die Handlungsweiſe des Menſchen begründete Rechtsunfähigkeit kann aber in verſchiedenen Graden vorkommen, je nachdem gewiſſen Handlungen die rechtliche Wirkung beigelegt iſt, daß ſie denjenigen, der ſie begeht, zu ſämmtlichen Rechten, deren Genuß durch den Beſitz der vollen bürgerlichen Ehre bedingt iſt, unfähig machen, oder je nachdem andere Handlungen den Handelnden nur der Fähigkeit zu einzelnen dieſer Rechte entkleiden. Wer ſich durch ſeine Handlungen der Fähigkeit zu

ſämmtlichen Rechten, welche dem Menſchen überhaupt zuſtehen können, verluſtig gemacht hat, muß auch nothwendig gänzlich ehrlos ſein, da er alsdann auch zu denjenigen Rechten unfähig iſt, deren Genuß von dem Beſitze der vollen bürgerlichen Ehre abhängig iſt. Aber umgekehrt braucht der gänzlich Ehrloſe nicht nothwendig gänzlich rechtlos zu ſein, wenn es nämlich Rechte gibt, bei welchen die Fähigkeit zu deren Genuſſe überhaupt nicht von dem Beſitze der Ehre abhängt, oder mit anderen Worten, wenn es nur einzelne beſtimmte Rechte ſind, zu welchen die Fähigkeit durch den Beſitz der ungeſchmälerten Ehre bedingt iſt. Daraus ergibt ſich auch, daß die Ehrloſigkeit je nach der größeren oder geringeren Rechtsunfähigkeit, welche ſie mit ſich bringt, in verſchiedenen Abſtufungen vorkommen kann.

Nach dieſen einleitenden Bemerkungen, welche ſich aus der Natur der Sache zu ergeben ſcheinen, kann zu der Darſtellung der Grundſätze unſeres poſitiven Rechtes über Ehrloſigkeit übergegangen werden. Faſt bei keiner anderen Lehre herrſcht ſo große Verſchiedenheit und Schwankung der Anſichten, als bei dieſer. Namentlich ſind die Anſichten ſehr getheilt über das Verhältniß, in welchem römiſches Recht und einheimiſch teutſches Recht in dieſer Lehre zu einander ſtehen. In dem einheimiſchen Rechte hatte ſich bereits ein beſtimmtes Syſtem über Ehrloſigkeit ausgebildet, als das römiſche Recht in Teutſchland recipirt wurde. Dieſes Syſtem wich ſowohl in Anſehung der Fälle, in welchen Ehrloſigkeit eintreten ſollte, als auch der Wirkungen, welche dieſelbe nach ſich ziehen ſollte, ſehr ab von den Anſichten, die im römiſchen Rechte darüber aufgeſtellt waren. Daher muß die Frage entſtehen, über deren Beantwortung die Meinungen ſo getheilt und ſchwankend ſind, inwieweit das römiſche Recht in dieſer Beziehung in Teutſchland recipirt ſei, und die Anſichten des einheimiſchen Rechtes entweder verdrängt, oder wenigſtens modificirend auf dieſelben eingewirkt habe. Bei der Beantwortung dieſer Frage werden ſich weiter unten die obigen einleitenden Bemerkungen als nützlich erweiſen. Vor Allem iſt dazu nothwendig, die Grundſätze des römiſchen Rechtes darzuſtellen, ſowohl über die Fälle, in welchen daſſelbe Ehrloſigkeit oder Ehrenſchmälerung eintreten läßt, als auch über die Wirkungen, welche es derſelben beilegt.

Bei den Römern war die Fähigkeit zu dem Genuſſe aller Rechte, welche in dem ius civile begründet waren, dadurch bedingt, daß man ſich im Beſitze der Freiheit und des römiſchen Bürgerrechtes befand [4]). Dieſe durch Freiheit und römiſches Bürgerrecht begründete Rechtsfähigkeit nannten die Römer existimatio, weil ſie auf der Anerkennung des vollen Werthes beruhte, auf welchen überhaupt Jemand als Bürger des römiſchen Staates Anſpruch haben konnte [5]). Zwar war nicht Jeder, der ſich dieſer existimatio zu erfreuen hatte, damit ohne Weiteres zu allen den Rechten fähig, welche in dem ius civile begründet waren, indem die Fä-

---

4) Darin beſteht der status libertatis und status civitatis, welche, weil ſie die wichtigſten waren, vorzugsweiſe status genannt werden. L. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (38. 17.)

5) L. 5. §. 1. 2. 3. D. de extraordinariis cognition. (50. 13.)

higkeit zu manchen dieſer Rechte außer der existimatio auch noch andere Eigenſchaften der Perſon vorausſetzte [6]); aber die ungeſchmälerte existimatio war die Bedingung, damit Jemand, dem die übrigen erforderlichen Eigenſchaften nicht abgingen, in den vollſtändigen Genuß dieſer Rechte gelangen konnte. Da kein Unfreier das römiſche Bürgerrecht haben konnte, und da auf der anderen Seite nicht jeder Freie des römiſchen Bürgerrechtes theilhaftig war, ſo läßt ſich dieſes als die Grundlage oder als die Bedingung der römiſchen existimatio anſehen, ſowie auch dieſelbe mit dem römiſchen Bürgerrechte ſo unzertrennlich verbunden war, daß ſie aus demſelben als eine natürliche, ſich von ſelbſt verſtehende Folge hervorging. Daher konnte von einer beſonderen Erwerbung der existimatio keine Rede ſein, da ſie einem Jeden ohne Weiteres zuſtand, der das römiſche Bürgerrecht hatte [7]).

Da die existimatio nur ein Ausfluß des römiſchen Bürgerrechtes war, ſo ergibt ſich daraus von ſelbſt, daß ſie nicht für gleichbedeutend genommen werden darf, mit der Ehre im allgemeinen Sinne, welche Jemandem theils wegen ſeiner Eigenſchaft als Menſch, theils wegen ſeiner in ſittlicher und bürgerlicher Hinſicht tadelloſen Handlungsweiſe zugeſtanden wird. Dieſe allgemeine Ehre, welche natürlicher Weiſe unabhängig war von dem römiſchen Bürgerrechte, hatte vielmehr gar keine beſtimmten rechtlichen Wirkungen. Man kann zwar nicht behaupten, daß der Begriff dieſer allgemeinen Ehre und die Bedeutung, welche dieſelbe in der Geſellſchaft hat, den Römern fremd geweſen ſei; aber dieſe Bedeutung war keine rechtliche, ſondern beſchränkte ſich auf das Anſehen und Vertrauen, welches ehrenwerthes Handeln bei den übrigen Menſchen immer nach ſich zieht [8]). Die Ehre im allgemeinen Sinne und die existimatio hatten zwar

---

6) So ſind die impuberes, furiosi und die Frauenzimmer in vielen Beziehungen zu Ausübung der Rechte unfähig, zu welchen nur die ungeſchmälerte existimatio befähigt, ohne daß bei ihnen von einer Schmälerung der existimatio, in welcher der Grund ihrer Unfähigkeit läge, die Rede ſein könnte, wie z. B. in L. 1. D. de his, qui notantur infam. (3. 1.) bei Aufzählung derjenigen, die unfähig ſind, für Andere zu poſtuliren, zwiſchen denjenigen, qui casu — qui sexu — qui infamia prohibentur, unterſchieden wird. Marezoll a. a. O. S. 12.

7) Marezoll a. a. O. S. 18.

8) Die Neueren ſprechen hier häufig von einer infamia facti, im Gegenſatze zur eigentlichen Infamie, welche ſie infamia iuris nennen, welche in den weiter unten anzugebenden beſtimmten Fällen eintrat und beſtimmte rechtliche Wirkungen hatte. Allein die ſogenannte infamia facti hat gar keine beſtimmten rechtlichen Wirkungen, eben ſo wenig, als ſich die Bedingungen, unter welchen ſie eintreten ſollte, beſtimmt angeben laſſen. Daher wäre es beſſer, den nicht quellenmäßigen Ausdruck infamia facti gar nicht zu gebrauchen, da er leicht dazu verleiten kann, ihm einen beſtimmten rechtlichen Begriff, den er nicht hat, unterzulegen. Der ſchlechte Ruf, den Jemand hat, kann zwar in einzelnen Fällen in Betracht kommen, wie z. B. öffentliche Aemter einem ſolchen nicht leicht werden gegeben werden, oder wie ſeine Glaubwürdigkeit als Zeuge bedeutendem Zweifel unterliegen kann; allein ſolche dem Ermeſſen der höchſten Staatsgewalt oder des Richteramtes anheim gegebene Rückſichten können nicht für rechtliche Wirkungen angeſehen werden. Savigny a. a. O. S. 187. — Auch wurden bei den Römern Perſonen, welche gewiſſen Ständen angehörten, oder welche gewiſſe Be-

inſofern Berührungspunkte zuſammen, als die Gründe, aus welchen die existimatio aufgehoben oder geſchmälert wurde, oftmals zuſammenfielen mit den Gründen, aus welchen auch die Ehre im allgemeinen Sinne verloren geht[9]); aber dennoch waren beide weſentlich verſchieden, indem Jemandem, ungeachtet ſeines unbeſcholtenſten Rufes und Anſehens dennoch keine existimatio zuſtand, wenn er nicht das römiſche Bürgerrecht hatte.

Da die existimatio Bedingung und Folge des römiſchen Bürgerrechtes war, ſo mußte ſie nothwendig aufgehoben werden, wenn dieſes aus irgend einem Grunde verloren ging. Das römiſche Bürgerrecht war aber inſofern theilbar und eines theilweiſen Verluſtes fähig, als es die Fähigkeit zu dem Genuſſe einzelner verſchiedener Rechte gewährte, und als Jemand der Fähigkeit zu einzelnen dieſer Rechte verluſtig werden konnte, ohne zu anderen Rechten, welche das Bürgerrecht mit ſich brachte, unfähig zu werden[10]). Eine ſolche nur theilweiſe Fähigkeit zu den in dem Bürgerrechte liegenden Rechten, oder ein ſolches, zwar nicht aufgehobenes, aber gemindertes oder geſchmälertes Bürgerrecht mußte aber auch eine entſprechende Minderung oder Schmälerung der existimatio zur Folge haben, da dieſe ein Ausfluß des Bürgerrechtes war, und alſo nur demjenigen ungeſchmälert zuſtehen konnte, der ſich im Beſitze des vollen Bürgerrechtes befand. Die existimatio konnte alſo entweder gänzlich oder theilweiſe aufgehoben werden, je nachdem Jemand des Bürgerrechtes entweder gänzlich oder theilweiſe verluſtig wurde.

Gänzliche Aufhebung der existimatio (consumtio existimationis) mußte eintreten, entweder wenn der römiſche Bürger ſeine Freiheit verlor, weil damit der Verluſt des Bürgerrechtes von ſelbſt verbunden war, oder wenn er ſeines Bürgerrechtes gänzlich verluſtig wurde, ohne jedoch zugleich ſeine Freiheit zu verlieren. In beiden Fällen verlor der bisherige Bürger mit dem Bürgerrechte ſeine Bedeutung im römiſchen Staate, indem er aufhörte ein wirkliches Mitglied oder ein caput in demſelben zu ſein. Daher bedienten ſich die römiſchen Juriſten des Ausdruckes capitis deminutio magna, ſowohl um den Verluſt der Freiheit, als auch um den Verluſt der Civität zu bezeichnen[11]), wobei ſie, um die in dem Zuſtande

---

ſchäftigungen trieben, als viles, humiles und abjectae personae bezeichnet, ohne daß ſich beſtimmte rechtliche Wirkungen angeben laſſen, welche allgemein und durchgreifend damit verbunden geweſen wären. Savigny a. a. O. S. 188.

9) Daher bedienen ſich die Römer für die existimatio oftmals derſelben Ausdrücke, durch welche auch die Ehre im allgemeinen Sinne bezeichnet wird, z. B. damnum famae pati, famae periculum subire, fama integra, illaesa, illibata, famae restitutio, integrae, bonae opinionis homines, opinionem amittere etc. Marezoll a. a. O. S. 18.

10) Marezoll a. a. O. S. 19.

11) L. 5. §. 3. D. de extraord. cognition. (50. 13.): Consumitur vero (existimatio) quoties magna capitis minutio intervenit. — L. 1. §. 4. D. de suis. (38. 16.) L. 1. §. 8. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) Im Gegenſatze dieſer magna capitis minutio nennt Ulpian in L. 1. §. 4. cit. den geringſten Grad derſelben, durch welchen ein römiſcher Bürger unbeſchadet ſeiner Civität eine Veränderung in ſeinen bisherigen Familienverhältniſſen erlitt, minor capitis deminutio, während dieſelbe gewöhnlich minima genannt wird. Vgl. die folgende Note.

des Bürgers eingetretene Veränderung ſpecieller zu bezeichnen, wieder zwiſchen capitis deminutio maxima und zwiſchen c. d. media unterſcheiden, je nachdem mit dem Bürgerrechte zugleich die Freiheit, oder je nachdem jenes ohne dieſe verloren wurde [12]). Beide Arten der capitis deminutio hatten zwar inſofern weſentlich verſchiedene Wirkungen, als durch die capitis deminutio maxima Bürgerrecht und Freiheit zuſammen, durch die capitis deminutio media dagegen nur das Bürgerrecht ohne die Freiheit verloren wurde; aber in Anſehung ihres Einfluſſes auf die existimatio kamen beide unter einander überein, indem dieſelbe durch die eine ſowohl, als durch die andere gänzlich aufgehoben wurde. Denn die Freiheit war mit der existimatio an und für ſich nicht nothwendig verbunden, indem dieſe den Peregrinen, obgleich ſie frei waren, nicht zukam, ſo daß, wenn die capitis deminutio verſchiedene Wirkungen hatte, je nachdem ſie maxima oder media war, dieſe Verſchiedenheit nicht einer verſchiedenen Aufhebung der existimatio, ſondern nur dem Umſtande zugeſchrieben werden darf, daß bei der einen die Freiheit verloren, bei der anderen dagegen behalten wurde.

Die existimatio wurde alſo gänzlich aufgehoben durch jedes Ereigniß, durch welches entweder Freiheit oder Civität verloren ging. Die Freiheit konnte verloren werden, theils durch Kriegsgefangenſchaft, nach deren Beendigung jedoch der Befreite durch das ius postliminii in ſeine vorigen Rechte wieder eingeſetzt werden konnte [13]), theils zur Strafe, indem außer der Todesſtrafe, welche Verluſt der Freiheit von ſelbſt nach ſich zog, manche Strafen, namentlich die damnatio ad bestias und die damnatio ad metalla den Sträfling zum servus poenae machten [14]). Das Bürgerrecht ohne die Freiheit konnte theils freiwillig aufgegeben, theils ebenfalls zur Strafe verloren werden, indem andere Strafen, namentlich die aquae et ignis interdictio, die deportatio und die datio in opus publicum, inſofern ſie in perpetuum geſchah, die Folge hatten, dem Verurtheilten die Civität zu entziehen [15]). Alle dieſe Ereigniſſe hatten, weil ſie den Verluſt des Bürgerrechtes mit ſich brachten, auf die existimatio den gleichmäßigen Einfluß, daß dieſelbe gänzlich aufgehoben wurde [16]).

Wie das Bürgerrecht und die existimatio in unzertrennlichem Zuſammenhange miteinander ſtanden, ſo hatte auch die gänzliche Aufhebung dieſer an und für ſich keine andere Wirkung, als die Fähigkeit zu allen den Rechten zu entziehen, zu deren Genuſſe das Bürgerrecht befä-

---

12) L. 11. D. de capite minutis (4. 5.): Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam.

13) §. 5. J. quib. mod. ius potest. solv. (1. 12.)

14) L. 8. §. 4. L. 28. pr. L. 29. L. 36. D. de poenis. (48. 19.) L. 6. §. 6. D. de iniusto testamento. (28. 3.)

15) §. 2. J. de capitis deminutione. (1. 16.) L. 17. §. 1. D. de poenis. (48. 19.) L. 15. D. de interdictis et relegat. (48. 22.)

16) In allen dieſen Fällen entſchied nur die Art der Strafe, zu welcher Jemand verurtheilt wurde, ohne Unterſchied, ob die Verurtheilung auf den Grund einer lex iudiciorum publicorum, oder extra ordinem erfolgte. L. 12. D. de poenis. (48. 19.)

higte. Dieſe Rechte waren aber zweifacher Art, theils öffentlichrechtlicher, theils privatrechtlicher Natur. Die öffentlichrechtlichen Rechte, welche das Bürgerrecht gewährte, beſtanden in dem Rechte der Theilnahme an den Volksverſammlungen und in der Fähigkeit zu römiſchen Magiſtraturen (suffragium et honores), indem den Latinen und den Peregrinen dieſe Vorzüge nicht zuſtanden [17]). Die privatrechtlichen Rechte, deren diejenigen, welche das römiſche Bürgerrecht nicht hatten, unfähig waren, laſſen ſich auf zwei Hauptclaſſen zurückführen, welche von den Römern durch die Kunſtausdrücke connubium und commercium bezeichnet wurden [18]). Connubium bedeutete die Fähigkeit zu einer nach dem ius civile giltigen Ehe, welche die in demſelben beſtimmten Folgen der Ehe nach ſich zog [19]). Dieſe Folgen waren aber der wichtigſten Art, da nur durch eine nach dem ius civile giltige Ehe die väterliche Gewalt begründet werden konnte. Von der väterlichen Gewalt war aber die Möglichkeit römiſcher Verwandtſchaft, und von dieſer wiederum die alte Inteſtaterbfolge abhängig, ſo daß der Verluſt des römiſchen Bürgerrechtes und die damit zuſammenhängende gänzliche Aufhebung der existimatio Unfähigkeit zu allen dieſen Rechten nach ſich ziehen mußte [20]). Commercium bezeichnete die Fähigkeit, Vermögensrechte nach dem ius Quiritium zu erwerben oder zu übertragen, und war für viele vermögensrechtliche Verhältniſſe von Bedeutung [21]). Denn darnach waren die Nichtbürger, denen das commercium abging, des vollſtändigen römiſchen Eigenthums unfähig, indem ſie zu den civilrechtlichen Veräußerungs- und Erwerbsarten deſſelben, der mancipatio, der in iure cessio, der Uſucapion und der ſtrengen Vindication unfähig waren [22]). Ebenſo waren ſie unfähig zu den im ius civile begründeten Obligationen [23]) und zu der testamenti factio, ſo daß ſie weder ein Teſtament oder einen Codicill errichten, noch zu Erben, Legataren oder Fideicommiſſaren ernannt werden, oder auch nur als Zeugen bei einem letzten Willen dienen konnten [24]). Da aber das commercium mit den aus denſelben entſpringenden Rechten nur denjenigen zuſtand, welche das römiſche Bürgerrecht hatten, ſo mußte der Verluſt deſſelben und die dadurch bedingte gänzliche Aufhebung der existimatio auch Unfähigkeit zu allen dieſen Rechten bewirken.

Der Verluſt des Bürgerrechtes und die gänzliche Aufhebung der existimatio machte aber an und für ſich nicht unfähig, in diejenigen Rechtsverhältniſſe einzutreten, welche im ius gentium begründet waren. Vielmehr hatte dieſer Verluſt als ſolcher nur die Wirkung, den Bürger

17) Savigny a. a. O. S. 46.
18) Savigny a. a. O. S. 26.
19) Ulpian, tit. 5. §. 3.
20) Savigny a. a. O. S. 27.
21) Ulpian, tit. 19. §. 4. 5.
22) Savigny a. a. O.
23) Caius, III. §. 93. 94.
24) Ulpian, tit. 20. §. 8. 14. tit. 22. §. 1. 2. tit. 25. §. 4. 6. Caius, II. §. 285. L. 3. 8. 9. 11. 13. 19. qui test. (28. 1.) L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. de iure codicill. (29.7.) L. 49. §. 1. D. de hered. inst. (28. 5.) §. 24. J. de legat. (2. 20.) §. 6. J. de test. ord. (2. 10.)

in die Claſſe der Peregrinen zu verſetzen, und ihn dieſen in Anſehung ſeiner Rechtsfähigkeit gleichzuſtellen [25]). Daher war die Ehe, in welcher Jemand nach gänzlichem Verluſte ſeiner existimatio ſtehen konnte, zwar kein matrimonium iustum nach dem ius civile, aber doch immer wirkliche Ehe, durch welche Verwandtſchaft nach dem ius gentium begründet wurde, ſo wie er auch, ungeachtet ihm das commercium abging, Vermögensrechte nach dem ius gentium zu erwerben und zu beſitzen im Stande war [26]). Im römiſchen Rechte iſt zwar regelmäßig mit den Strafen, in deren Folge Civität und existimatio verloren werden, Confiscation des geſammten Vermögens verbunden [27]), weßhalb auch dieſe Strafen häufig dem Tode gleichgeſtellt und Capitalſtrafen genannt werden [28]); die Confiscation iſt dabei nicht Folge des Verluſtes der Civität und der existimatio, ſondern lediglich der Strafen, welche dieſen Verluſt nach ſich ziehen, indem das Vermögen nicht verloren geht, wenn Civität und existimatio aus anderen Gründen, als zur Strafe, aufgehoben werden. Eben ſo traten für denjenigen, der mit dem Bürgerrechte und der existimatio zugleich ſeine Freiheit verlor, andere Folgen ein, als für denjenigen, der frei blieb; aber dieſelben entſprangen nicht aus dem Verluſte des Bürgerrechtes und der existimatio, ſondern eben aus dem Verluſte der Freiheit.

Außer der wirklichen Aufhebung der existimatio kennt das römiſche Recht noch Schmälerungen derſelben. Denn das römiſche Bürgerrecht, die Grundlage und Bedingung der existimatio, war, wie ſchon bemerkt worden iſt, inſofern theilbar, als es zu verſchiedenen einzelnen Rechten befähigte, und als dieſe Fähigkeit Jemandem in Anſehung eines Theiles dieſer Rechte abgehen, hinſichtlich des übrigen Theiles dagegen zukommen konnte. Im Beſonderen laſſen ſich, wie angegeben worden, die Rechte, zu welchen das Bürgerrecht befähigte, in zwei Claſſen unterſcheiden, deren eine, suffragium und honores, dem öffentlichen Rechte, die andere, connubium und commercium, dem Privatrechte angehörte. Das volle Bürgerrecht und die in ihm liegende ungeſchmälerte existimatio gewährte die Fähigkeit zu beiden Claſſen dieſer Rechte, ſo wie umgekehrt gänzlicher Verluſt des Bürgerrechtes und die existimatio Unfähigkeit zu dieſen beiden Claſſen bewirkte. In Folge mancher Handlungen ließ aber das römiſche Recht nur Unfähigkeit zu der einen Claſſe dieſer Rechte eintreten, ohne zugleich die Fähigkeit zu der anderen Claſſe aufzuheben. Es lag darin keine gänzliche, ſondern nur eine theilweiſe Aufhebung des Bürgerrechtes und der existimatio, da die gänzliche Aufhebung Unfähigkeit zu beiden Claſſen hätte nach ſich ziehen müſſen. Von dieſen beiden Claſſen der in dem Bürgerrechte liegenden Rechte war aber diejenige, welche dem öffentlichen Rechte angehörte, offenbar wenigſtens in-

25) Ueber die zwiſchen cives und Peregrinen ſtehende Mittelclaſſe der Latini vgl. Savigny a. a. O. S. 41 flg.

26) Savigny a. a. O. S. 40.

27) Vgl. darüber vorzüglich Savigny a. a. O. S. 71, Note 6.

28) L. 209. D. de R. J. (50. 17.) L. 59. §. 2. D. de condit. (35. 1.) L. 5. pr. D. de bonis damnat. (48. 20.) L. 1. §. 8. D. de bonor. poss. contra tabul. (37. 4.) L. 4. §. 2. D. de bonis libert. (37. 14.)

ſofern die wichtigſte, als dem Staate daran gelegen ſein mußte, daß die in dieſe Claſſe gehörigen Rechte, ſo lange ſie der römiſchen Staatsverfaſſung zufolge überhaupt von wirklicher Bedeutung waren, nur von ſolchen Staatsbürgern ausgeübt wurden, deren Charakter unzweifelhaft als tüchtig und ehrenwerth gelten konnte. Daher iſt es begreiflich, daß es im römiſchen Rechte mit der Würdigkeit zur Ausübung dieſer Rechte ſtrenger genommen wurde, als in Anſehung derjenigen in dem Bürgerrechte liegenden Rechte, welche nur privatrechtlicher Natur waren, oder mit anderen Worten: daß Jemandem in gewiſſen Fällen zwar **suffragium** und **honores**, nicht aber **connubium** und **commercium** abgeſprochen wurden.

Im römiſchen Rechte waren aber zwei Einrichtungen zu dieſem Zwecke getroffen, die Gewalt der Cenſoren nämlich und die **infamia**.

Was zuvörderſt die Gewalt der Cenſoren betrifft, ſo hatten dieſelben eine gewiſſe polizeiliche Oberaufſicht über die Sitten auszuüben, um durch dieſelbe darüber zu wachen, daß die politiſchen Rechte, welche an und für ſich dem Staatsbürger zuſtanden, nicht zum Nachtheile des Ganzen von Solchen ausgeübt würden, welche ſich durch unſittliche oder unehrenwerthe Handlungsweiſe derſelben unwürdig gemacht hatten. Daher ſtand den Cenſoren das Recht zu, öffentlichen Tadel über Jemanden auszuſprechen, indem ſie ſeinem Namen in den Bürgerliſten eine **nota censoria** anhingen, oder ihn aus dem Senate oder Ritterſtande auszuſtoßen, oder in eine geringere Tribus zu verſetzen, oder aus allen Tribus auszuſtoßen und ihn dadurch ſeines Stimmrechtes gänzlich zu entſetzen [29]). Eine ſolche gegen Jemanden verhängte cenſoriſche Maßregel enthielt immer eine Schmälerung ſeiner **existimatio** in ſich, da ſie ihn in der Ausübung der ihm ſonſt zuſtehenden politiſchen Rechte beeinträchtigte. Die Cenſoren waren bei Anwendung dieſer Maßregeln nicht an feſte geſetzliche Regeln gebunden, indem ſie auch in Folge ſolcher Handlungen, die nicht gerade geſetzlich verboten waren, lediglich nach ihrem Ermeſſen und Gewiſſen die **nota censoria** oder andere Maßregeln verhängen konnten. Daher waren dieſe cenſoriſchen Schmälerungen der **existimatio**, wie ſie nicht auf eine feſte geſetzliche Regel, ſondern nur auf cenſoriſches Ermeſſen gegründet waren, auch nicht von ſicherer Dauer, indem ſie nicht allein von demſelben Cenſor, der ſie verhängt hatte, ſondern auch von den nachfolgenden Cenſoren, ſo wie durch Richterſprüche und Volksſchlüſſe wieder aufgehoben und entkräftet werden konnten.

Dagegen beruhte die **infamia** auf feſten geſetzlichen Regeln, und war deßwegen von lebenslänglicher Dauer. Die einzelnen Fälle, in welchen Infamie eintrat, waren verſchiedener Art. Sie kommen aber alle darin überein, daß Jemand nur in Folge einer von ihm ſelbſt begangenen Handlung, welche ſeinen Charakter in einem ſchlechten Lichte erſcheinen laſſen mußte, mit Infamie belegt werden konnte [30]). Namentlich traf die In=

---

29) Vgl. im Allgemeinen über das Verhältniß der cenſoriſchen Gewalt zur Infamie Savigny a. a. O. S. 196 flg.

30) Die einzige Ausnahme bildet die auf keinem vernünftigen Grunde beruhende Beſtimmung in L. 5. §. 1. C. ad leg. Iul. maiest. (9. 8.), in welcher auch die Söhne der Hochverräther für ehrlos erklärt werden.

famie Jeden, der wegen eines Criminalverbrechens, das in einer lex iudiciorum publicorum mit Strafe bedroht war, verurtheilt worden war[31]). Die Verurtheilung wegen eines crimen extraordinarium zog der Regel nach keine Infamie nach ſich; dagegen hatte die Verurtheilung wegen einiger Privatdelicte, namentlich wegen Diebſtahles, Raubes, Injurien und Betruges, Infamie zur Folge, mochte die Verurtheilung in privato iudicio blos auf die Privatſtrafe lauten, oder mochte wegen des Privatdelictes extra ordinem eine öffentliche Strafe erkannt werden[32]). Selbſt in einigen obligatoriſchen Verhältniſſen, welche vorzugsweiſe auf perſönliches Vertrauen gegründet waren, ließ das römiſche Recht den Verurtheilten infam werden. Namentlich ſollte der in Folge der actio pro socio, tutelae, mandati und depositi Verurtheilte infam werden[33]). Der Regel nach ſollte die Infamie hier nur in Folge der directa actio erfolgen, indem die contraria actio nur ausnahmsweiſe, wenn dem Verurtheilten eine beſondere Unredlichkeit nachgewieſen werden konnte, die Wirkung hatte, demſelben infamia zuzuziehen [34]). Dabei iſt es nicht unbeſtritten, ob die Infamie eintrat in Folge jeder Verurtheilung, welche auf die aus einem dieſer Obligationsverhältniſſe angeſtellte actio directa erfolgte, oder ob der Verurtheilte nur in dem Falle infam wurde, da er ſich dolus oder dieſem gleichkommende culpa lata hatte zu Schulden kommen laſſen. Während viele Stellen Jeden für infam erklären, der pro socio, tutelae, mandati oder depositi verurtheilt würde, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß dabei die Unredlichkeit des Verurtheilten der Grund, und mithin auch die Bedingung ſeiner Infamie ſei [35]), wird in anderen Stellen ausdrücklich dieſer Grund als Bedingung der Infamie bezeichnet [36]). Für die ſtrengere Meinung, welche, ohne Rückſicht auf eigentlichen dolus, in Folge jeder Verurtheilung Infamie eintreten laſſen will, pflegt man ſich darauf zu berufen, daß lediglich der Umſtand, daß der Verurtheilte bei dieſen Obligationsverhältniſſen nicht freiwillig gezahlt, ſondern es überhaupt zum Prozeſſe habe kommen laſſen, eine temeritas litigandi ſei, welche dem dolus nahe komme, und die Strafe der Infamie wohl verdient habe [37]). Allein dagegen iſt doch zu bedenken, daß bei dieſen Obligationsverhältniſſen auch Fälle vorkommen können, in welchen es nicht die Schuld des in Folge der actio directa Verurtheilten war, daß es zum Prozeſſe kam, wenn z. B. der Mandatar ſich ein leichtes Verſehen

---

31) L. 7. D. de public. iud. (48. 1.)

32) L. 7. D. cit. Dabei machte es keinen Unterſchied, ob das Privatdelict ſeinen gewöhnlichen Namen behielt (furtum, iniuria), oder ob es unter einem beſonderen Namen expilata hereditas, stellionatus), als crimen extraordinarium verfolgt wurde. Savigny a. a. O. S. 175 flg. Marezoll a. a. O. S. 132 flg.

33) §. 2. J. de poena temere litigant. (4. 16.) L. 1. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

34) L. 6. §. 5. 7. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

35) S. die in Note 33 angef. Stellen.

36) L. 6. §. 5. 6. 7. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 22. C. ex quib. caus. (2. 12.)

37) Marezoll a. a. O. S. 148 flg.

hatte zu Schulden kommen laſſen, und es zum Prozeſſe kommen laſſen mußte, weil er ſich nicht zu den auch im Urtheile für übertrieben anerkannten Anſprüchen, welche der Mandant darum gegen ihn erhoben, hatte verſtehen wollen [38]). Sicherlich kann man nicht annehmen, daß das römiſche Recht in einem ſolchen Falle den zu einer ermäßigten Summe verurtheilten Mandatar habe infam werden laſſen.

In den bisher genannten Fällen ließ das römiſche Recht die Infamie nicht eintreten unmittelbar in Folge der Handlung, welche Jemand begangen, ſondern erſt nachdem er wegen dieſer Handlung gerichtlich verurtheilt war. Bei der Verurtheilung wegen eines Privatdelictes, oder in Folge eines der angegebenen Obligationsverhältniſſe mußte die Verurtheilung überdieß auf den eigenen Namen des Verurtheilten lauten, wenn Infamie eintreten ſollte, ſo daß der Beklagte, wenn er den Prozeß durch einen Procurator führen ließ, auf deſſen Namen alsdann die Verurtheilung lautete, die Infamie vermeiden konnte [39]). Die Neueren bedienen ſich zur Bezeichnung der bisher angegebenen Fälle der Infamie, in welchen dieſelbe nicht anders als in Folge richterlicher Verurtheilung eintrat, in der Regel des Ausdruckes infamia mediata, im Gegenſatze zu einigen anderen Fällen, in welchen ſie von infamia immediata ſprechen, weil in denſelben das Eintreten der Infamie nicht von einem richterlichen Urtheile abhängig war, ſondern unmittelbar nach der begangenen Handlung erfolgte [40]). Die einzelnen Fälle dieſer ſogenannten unmittelbaren Infamie ſind folgende: 1) für den Soldaten, der ſchimpflich aus dem Heere geſtoßen wurde [41]); 2) für Alle, welche Geld gegeben hatten, um dadurch die Klage wegen eines Privatdelictes von ſich abzuwenden, da in einem ſolchen Paciſciren füglich ein Eingeſtändniß des Delictes gefunden werden konnte [42]); 3) für denjenigen, der einem beſchworenen Vergleiche oder einem beſchworenen pactum de non petendo in irgend einer Weiſe entgegenhandelt [43]); 4) für Wucherer und diejenigen, welche Zinſen von Zinſen nahmen [44]); 5) für die auf der That betretenen Ehebrecherinnen [45]); 6) für öffentliche Huren, Kuppler und Kupplerinnen, ſo wie auch für Männer, welche ſich zu Unzucht gebrauchen laſſen [46]); 7) für denjenigen,

---

38) Savigny a. a. O. S. 178.

39) L. 6. §. 2. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 2. pr. D. de obseq. (37. 15.) Auch der verurtheilte Procurator wurde nicht infam. Wenn dagegen wegen eines Privatdelictes extra ordinem auf öffentliche Strafe geklagt wurde, konnte die Beſtellung eines Procurators zur Abwendung der Infamie nichts helfen, da im Criminalprozeſſe überhaupt kein Procurator zuläſſig war. Marezoll a. a. O. S. 167.

40) Gegen den Gebrauch dieſer allerdings nicht quellenmäßigen, aber allgemein herkömmlichen Terminologie erklärt ſich Savigny a. a. O. S. 187.

41) L. 1. L. 2. pr. §. 1—4. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 3. C. de re milit. (12. 36.)

42) L. 4. §. 5. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

43) L. 41. C. de transaction. (2. 4.)

44) L. 20. C. ex quib. caus. (2. 12.)

45) L. 43. §. 12. D. de ritu nupt. (23. 2.)

46) L. 1. L. 4. §. 2. L. 24. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 43.

der gleichzeitig mehrere Ehen oder Verlöbniſſe eingeht, ingleichen für den Vater, der ſeine Einwilligung dazu gegeben hatte[47]); 8) für denjenigen, der ſich mit einer Frau verheurathete oder verlobte, von welcher er wußte, daß er ſie nicht heurathen durfte[48]); 9) für die Wittwe, welche innerhalb des Trauerjahres wieder heurathete, ſo wie auch für den Vater derſelben, der ſeine Einwilligung dazu gab, und für den Mann, der ſie heurathete, wenn ihm das Verhältniß bekannt war, und er nicht etwa blos auf Befehl ſeines Vaters handelte[49]); 10) für Tutoren und Curatoren, welche vor abgelegter Rechnung und vor abgelaufener Reſtitutionsfriſt ihre Mündel heurathen, oder dieſelbe einem ihrer Söhne zur Ehe geben[50]); 11) für diejenigen, welche als Schauſpieler öffentlich aufgetreten waren, oder ſich zu Thierkämpfen entweder vermiethet oder unentgeltlich hergegeben hatten[51]); 12) für den Richter, der ſich hatte beſtechen laſſen, oder überhaupt abſichtlich ungerecht verfahren war[52]), ſo wie auch die Advocaten und Parteien im Prozeſſe in einzelnen Fällen wegen pflichtwidrigen oder ungebürlichen Benehmens mit Infamie belegt werden konnten[53]).

Was nun die rechtlichen Wirkungen der Infamie betrifft, ſo iſt ſchon angedeutet worden, daß dieſelben, ſo lange der römiſchen Verfaſſung zufolge überhaupt von politiſchen Rechten des Einzelnen die Rede ſein konnte, hauptſächlich die in dem Bürgerrechte enthaltenen politiſchen Rechte betrafen, obgleich damit nicht ausgeſchloſſen iſt, daß die Infamie auch in einigen privatrechtlichen Beziehungen von Einfluß war. Namentlich bewirkte die Infamie Verluſt der honores, ſo daß der Infamirte unfähig wurde, irgend eine höhere politiſche Stellung (dignitas) einzunehmen. In derſelben Weiſe zog die Infamie Verluſt des suffragium nach ſich, indem der Infamirte aus allen Tribus ausgeſtoßen und unter die Aerarier verſetzt wurde. Darnach beſtand die vorzüglichſte Wirkung der Infamie darin, die politiſche Hälfte der Civität aufzuheben, ſo daß dieſelbe inſofern als eine halbe capitis deminutio media angeſehen werden konnte[54]). Dieſer Einfluß der Infamie auf die politiſchen Rechte des Bürgers, wodurch ſie gewiſſermaßen zu einer wirklichen Capitalſache wurde, konnte freilich nur ſo lange von wirklicher Bedeutung ſein, als der römiſchen Verfaſſung zufolge dieſe politiſchen Rechte ſelbſt von wirklicher Bedeutung

---

pr. §. 1—9. D. de ritu nupt. (23. 2.) L. 1. §. 6. D. de postulando. (3. 1.) L. 31. C. ad leg. Iul. de adult. (9. 9.)

47) L. 1. L. 13. §. 1—5. D. de his, qui not. inf. (3. 2.)

48) L. 20. C. ex quib. caus. (2. 12.)

49) L. 1. pr. L. 11. §. 1. 3. 4. L. 12. 13. pr. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 15. C. ex quib. caus. (2. 12.) Nov. 39. cap. 2. §. 1.

50) L. 66. D. de ritu nupt. (23. 2.) L. 7. C. de interd. matrim. (5. 6.)

51) L. 1. L. 2. §. 5. L. 3. L. 4. pr. §. 1. D. de his, qui not. inf. (3. 2.) L. 1. §. 6. D. de postul. (3. 1.)

52) L. 2. C. de poena iudic., qui male iudicav. (7. 49.)

53) Vgl. über dieſe Fälle Marezoll a. a. O. S. 194 flg.

54) Ueber die hauptſächlich publiciſtiſche Bedeutung der Infamie vgl. Savigny a. a. O. S. 198 flg.

waren [55]). In der Kaiſerzeit, wo dieſe Bedeutung bei der veränderten Verfaſſung dahingeſchwunden war, mußte auch die angedeutete capitale Bedeutung der Infamie untergehen, indem ſie nur noch wegen einiger privatrechtlicher Nebenwirkungen von Wichtigkeit bleiben konnte.

Unter dieſen privatrechtlichen Nebenwirkungen war die wichtigſte, daß es nach dem Edicte des Prätor den Infamen im Allgemeinen unterſagt war, für Andere zu poſtuliren, d. h. vor ſeinem Tribunal für Andere Anträge zu machen [56]). Nur für ſich ſelbſt oder für ſolche Perſonen, die mit ihnen in einem beſonders nahen Verhältniſſe ſtänden, ſollten die Infamen vor dem Prätor Anträge machen dürfen [57]). Dieſe Beſtimmung war getroffen, theils aus Rückſicht auf die Würde des Prätors, damit demſelben nicht ohne Noth und willkürlich ehrloſe Menſchen vor Augen geſtellt würden [58]), theils auch aus Rückſicht auf den Prozeßgegner, welchem ebenfalls nicht willkürlich zugemuthet werden ſollte, ſich mit einem Infamen in einen Prozeß einzulaſſen [59]). Durch eine Verordnung Juſtinian's wurde indeſſen die procuratoria exceptio, durch welche der Gegner den Infamen zurückweiſen konnte, der vor dem Prätor für einen Anderen auftrat, aufgehoben, ſo daß es fortan nur der Obrigkeit überlaſſen blieb, den Infamen, der für Andere poſtulirte, zurückzuweiſen.

Eine andere Wirkung beſtand darin, daß durch ſie in Anſehung der Fähigkeit, eine Ehe einzugehen, eine Beſchränkung herbeigeführt wurde. In der **lex Iulia et Papia Poppaea** wurde zuerſt für die Senatoren und deren männliche und weibliche Nachkommen das Verbot aufgeſtellt, mit Freigelaſſenen und gewiſſen einzeln aufgeführten verächtlichen Perſonen eine Ehe einzugehen. In ähnlicher Weiſe wurde in dieſem Geſetze auch

---

55) Daher ſagt Cicero, pro Roscio cap. 6, und pro Quinctio cap. 8, 9, 13, 15, 22, von mehreren der Fälle, in welchen Infamie eintrat, ſie ſeien eine capitis causa, ſowie auch Modeſtin in L. 130. D. de V. S. (50. 16.) bezeugt, daß die claſſiſchen Schriftſteller jene Sache eine capitalis causa nennen, in welcher es ſich um die existimatio handele, während jetzt nur diejenigen Sachen Capitalſachen ſeien, in welchen es ſich um Verluſt des Lebens oder der Civität handele. Dieſe Veränderung des Begriffes und Sprachgebrauches hatte ihren Grund nur darin, daß in der Kaiſerzeit die politiſchen Rechte, deren die Infamie verluſtig machte, ihre Bedeutung verloren hatte. Vgl. Savigny a. a. O. S. 209 u. 213.

56) L. 1. §. 8. D. de postulando. (3. 1.) Durch dieſe Beſtimmung bekam der Prätor überhaupt Veranlaſſung, ein Verzeichniß der Infamen aufzuſtellen, weßhalb auch der Titel: de his, qui notantur infamia, unmittelbar hinter dem Titel de postulando folgt. Daß der Prätor den Begriff der infamia erſt gebildet habe, wie häufig behauptet wird, iſt unrichtig, indem er denſelben vielmehr als einen längſt vorhandenen vorfand, und nur bei der Beſtimmung über diejenigen, die das Recht haben ſollten für Andere zu poſtuliren, in Anwendung brachte. Vgl. darüber Savigny a. a. O. S. 192 flg.

57) Einige infame Perſonen, welche turpitudine notabiles genannt werden, wie die muliebria passi, die capitalis criminis damnati und diejenigen, die ſich zu Thierkämpfen vermiethet hatten, ſollten nur für ſich ſelbſt, und nicht auch für die ihnen nahe verbundenen Perſonen poſtuliren dürfen. L. 1. §. 5. 8. D. de postulando. (3. 1.)

58) L. 1. pr. D. de postulando. (3. 1.)

59) Savigny a. a. O. S. 217.

allen freigeborenen Männern verboten, mit gewiſſen verächtlichen Frauen, welche ebenfalls einzeln aufgeführt waren, und nur zum Theil zuſammenfielen mit den Perſonen, mit welchen auch den Senatoren die Ehe verboten war, eine Ehe abzuſchließen [60]). Durch ſpätere Interpretation der Juriſten wurden dieſe Eheverbote in der Weiſe generaliſirt, daß ſie auf den allgemeinen Begriff der infamia zurückgeführt und auf alle für infam geltenden Perſonen bezogen wurden [61]). Die Wirkung, welche dieſe Eheverbote hatten, beſtand nicht darin, daß die dennoch eingegangene Ehe nichtig war, ſondern nur darin, daß dieſelbe nicht die Vortheile gewähren ſollte, welche den Verehelichten ſonſt zukamen, oder mit anderen Worten, daß durch dieſelbe die Strafen des Cölibates nicht abgewendet werden ſollten. Erſt durch einen Senatsſchluß unter Marc Aurel wurde die von den Senatoren wider das Verbot eingegangene Ehe für nichtig erklärt, während in Anſehung der von den Freigeborenen verbotswidrig eingegangenen Ehen nichts dadurch verändert wurde [62]). Im neueſten römiſchen Rechte verlor aber das ganze Eheverbot ſowohl in Anſehung der Senatoren, als auch der Freigeborenen ſeine Bedeutung. Denn jener auf die Senatoren bezügliche Senatsbeſchluß wurde von Juſtinian gänzlich aufgehoben [63]), ſo wie die Wirkung, welche die von Freigeborenen verbotswidrig eingegangenen Ehen hatten, hinwegfallen mußten, als durch Geſetze chriſtlicher Kaiſer die Cölibatsſtrafen allgemein aufgehoben wurden [64]).

Als weitere Folge der Infamie wird gewöhnlich noch angeführt, daß die Geſchwiſter des Teſtirers nur alsdann die querela inofficiosi testamenti anſtellen können, wenn der ihnen vorgezogene Erbe eine infame Perſon ſei [65]). Allein in dem hierauf bezüglichen Geſetze wird die Infamie in ihrem beſtimmt begrenzten Begriffe gar nicht als das entſcheidende Moment hervorgehoben, auf welches es dabei ankomme [66]). Denn in dieſem Geſetze wird die querela inofficiosi testamenti den Geſchwiſtern nicht allein gegeben, wenn infame Perſonen, ſondern auch wenn ſolche

60) Ulpian, XIII. §. 1. 2.

61) Dieß gab die Veranlaſſung, daß die Infamie auch auf Frauen bezogen wurde, mit der Bedeutung, daß ſie dieſelben unfähig machte, mit freigeborenen Männern, oder mit Senatoren und deren Söhnen eine Ehe einzugehen. Denn die publiciſtiſche Bedeutung der Infamie, in welcher ſie der politiſchen Rechte verluſtig machte, konnte auf Frauen ohnehin keine Anwendung finden. Vergl. Savigny, Lehrbuch, Bd. 2, Beilage 7, Nr. 1 u. 2.

62) Savigny a. a. O. Beilage 7, Nr. 3 u. 4.

63) Nov. 117. cap. 6.

64) Tit. C. de infirmandis poenis coelib. (8.58.) Savigny a. a. O. Beilage 7, Nr. 5 flg.

65) S. unter Anderen Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Bd. 1, §. 191.

66) L. 27. C. de inofficioso testam. (3. 28.): ...consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur, vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt.

Perſonen, die überhaupt in ſchlechtem Rufe ſtehen, zu Erben eingeſetzt ſind. Der Grund dieſer Beſtimmung liegt darin, daß es für die Geſchwiſter etwas Verletzendes hat, wenn ihnen Perſonen dieſer Art im Teſtamente vorgezogen werden. Auch gegen Freigelaſſene ſtand ihnen die Inofficioſitätsquerel zu, wenn dieſelben ſich nicht beſondere Verdienſte um den Verſtorbenen erworben hatten, weil es alsdann für die Geſchwiſter nicht verletzend ſein konnte, ihnen im Teſtamente hintangeſetzt zu ſein. Keines Falles war es alſo eigentlich eine rechtliche Folge der Infamie, ſondern die Rückſicht auf das Verletzende, welches möglicher Weiſe für die Geſchwiſter darin lag, daß ihnen eine infame Perſon vorgezogen wurde, weßhalb von ihnen die Inofficioſitätsquerel gegen Infame angeſtellt werden konnte. Zuverläſſig kam es dabei auf das richterliche Ermeſſen an, ob im einzelnen Falle für die Geſchwiſter etwas Verletzendes darin lag, daß ihnen bei der Erbeinſetzung eine andere Perſon vorgezogen worden war, wie es denn auch nicht gerade nothwendig eine infame Perſon, ſondern überhaupt nur eine Perſon von ſchlechtem Rufe zu ſein brauchte, gegen welche die Inofficioſitätsquerel ſollte angeſtellt werden können. Es kann alſo die Statthaftigkeit der Inofficioſitätsquerel gegen die Infamen gar nicht für eine eigentliche Folge der Infamie ausgegeben werden[67]).

Häufig wird es noch als Folge der Infamie angegeben, daß die Infamen unfähig ſeien, Zeugniß abzulegen, ſowohl vor Gericht als bei feierlichen Rechtsgeſchäften[68]). Im vorjuſtinianiſchen Rechte waren allerdings einzelne Arten der Infamen gänzlich vom Zeugniſſe ausgeſchloſſen[69]), während dagegen in Anſehung der übrigen nicht ausdrücklich ausgeſchloſſenen Infamen dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen blieb, wie weit das Zeugniß derſelben Glauben und Berückſichtigung verdiene[70]). Dagegen hat Juſtinian zwar verordnet, daß überhaupt nur Solche zu Zeugen genommen werden ſollen, welche von gutem Rufe ſeien und durch ihre Stellung und Reichthümer Bürgſchaft für die Wahrheit ihres Zeugniſſes bieten[71]). Offenbar aber kann nicht angenommen werden, daß Juſtinian bei dieſer Vorſchrift den beſtimmten juriſtiſchen Begriff der Infamie im Auge gehabt habe, ſo daß, da dieſe Vorſchrift ihrem wörtlichen Inhalte nach überdieß ganz unausführbar ſein würde, wohl nichts Anderes mit derſelben gemeint ſein kann, als daß der Richter nach ſeinem Ermeſſen zu entſcheiden habe, ob und wie weit einem Zeugen im einzelnen Falle Glaubhaftigkeit beigemeſſen werden könne[72]).

Fragt man nun, ob von dieſen Beſtimmungen des römiſchen Rechtes über existimatio und deren gänzlichen oder theilweiſen Verluſt heutzutage noch etwas praktiſch ſein könne, ſo wird die Antwort kaum anders als verneinend ausfallen können. Schon in der Kaiſerzeit waren dieſe

---

67) Vgl. Savigny a. a. O. S. 222.

68) Vgl. unter Anderen Linde, Lehrbuch des Civilprozeſſes (4. Auflage), §. 258.

69) L. 3. §. 5. D. de testibus. (22. 5.)

70) L. 3. pr. §. 1. L. 13. D. eod.

71) Nov. 90. c. 1.

72) Vgl. Savigny a. a. O. S. 221 flg.

Beſtimmungen nicht eben mehr von großer Bedeutung. Denn der Verluſt der politiſchen Rechte, der mit dem Verluſte der Civität, ſo wie mit den Schmälerungen der existimatio durch cenſoriſche Rüge oder Infamie verbunden war, konnte nur in einem Freiſtaate, nicht aber noch unter der Kaiſerverfaſſung, nach welcher auch dem Unbeſcholtenſten keine politiſchen Rechte mehr zuſtanden, von wirklichem Gewicht ſein. Heutiges Tages aber kann von dieſen publiciſtiſchen Wirkungen der consumtio und minutio existimationis noch weniger die Rede ſein, da dieſelben eben im Zuſammenhange ſtanden mit der römiſchen Verfaſſung, von welcher auf die heutigen Zuſtände nichts herüber genommen werden kann. In privatrechtlicher Hinſicht war die consumtio existimationis allerdings von Bedeutung, da ſie den civis in die Claſſe der Peregrinen verſetzte, und mithin zu allen denjenigen Rechten unfähig machte, die nur in dem ius civile begründet waren. Allein im neueren römiſchen Rechte beſtand dieſe Bedeutung für viele privatrechtliche Verhältniſſe nur noch der Form nach, ohne materiale Folgen zu haben. So hatte der Unterſchied zwiſchen römiſchem Eigenthume und zwiſchen natürlichem Eigenthume, deſſen auch die Nichtbürger fähig waren, längſt ſeine Wichtigkeit verloren, bis er von Juſtinian gänzlich, auch der Form nach, aufgehoben wurde [73]). Eben ſo hatte bei den Obligationen das Bedürfniß regeren Verkehres ſchon frühe darauf geführt, auch den Peregrinen die Fähigkeit zu civiles obligationes zuzugeſtehen, wobei ſich der Unterſchied zwiſchen Bürgern und Peregrinen nur in der Formalität erhielt, daß bei ihnen die Civität fingirt und ihre Klage als actio fictitia den Klagen der römiſchen Bürger angeſchloſſen wurde [74]). Auf unſere Verhältniſſe kann aber der römiſche Unterſchied zwiſchen cives und peregrini gar keine Anwendung mehr finden, da wir keinen Stand der Civität im Gegenſatze zum Stande der Peregrinen mehr haben [75]). Da auf dieſe Weiſe die Wirkungen der römiſchen consumtio existimationis bei uns nicht mehr vorkommen können, und da jede Art von Ehrloſigkeit nur inſofern von rechtlicher Bedeutung ſein kann, als ſie beſtimmte rechtliche Wirkungen nach ſich zieht, ſo folgt von ſelbſt, daß in keiner Beziehung von der römiſchen consumtio existimationis bei uns mehr die Rede ſein kann. In gleicher Weiſe können die privatrechtlichen Wirkungen der römiſchen infamia bei uns keine Anwendung mehr finden. Schon im Juſtinianiſchen Rechte hatte die infamia keine andere Wirkung, als den Infamen unfähig zu machen, für Andere zu poſtuliren. Dieſe Beſtimmung hing aber mit der römiſchen Gerichtsverfaſſung ſo eng zuſammen, daß ſie ebenfalls nicht auf unſere Verhältniſſe herübergezogen werden kann. Denn das Poſtuliren für Andere gehört nach unſerer Gerichtsverfaſſung entweder der Advocatur oder der Procuratur an, welche beide an eine öffentliche Anſtellung gebunden ſind, und mithin dem öffentlichen Rechte, für welches von dem rö-

---

73) L. un. C. de nudo iure Quirit. tollend. (5. 25.)
74) Caius, IV. §. 37. Savigny a. a. O. Note b, u. S. 40.
75) Denn der bei uns vorkommende Unterſchied zwiſchen Einheimiſchen und Fremden hat eine andere Bedeutung.

miſchen Rechte überhaupt kein Gebrauch gemacht werden kann, angehören [76]).

An dieſe Darſtellung des römiſchen Syſtems über Ehrloſigkeit und Ehrenſchmälerung muß zunächſt eine Darſtellung der Grundſätze angeſchloſſen werden, welche im einheimiſchen Rechte vor der Reception des römiſchen darüber angenommen waren.

Nach den Anſichten des einheimiſchen Rechtes war die Ehre ein Ausfluß des Standes, dem Jemand angehörte, ſo daß es je nach der Verſchiedenheit der Stände verſchiedene Ehre gab [77]). Wer zu einem beſtimmten Stande gehörte, hatte eben die Ehre, Mitglied dieſes Standes zu ſein, und damit Anſpruch auf die äußere Würde und die Rechte, welche den Mitgliedern deſſelben zukamen. Wer nicht zu einem beſtimmten Stande gehörte, hatte eben deßwegen auch nicht die Ehre und die Würde deſſelben, obgleich er darum noch nicht ohne Weiteres zu den ehrloſen Perſonen gezählt wurde. Denn der Ritter hatte nicht die Ehre des Bürgerſtandes und der Bürger nicht die Ehre des Ritterſtandes, ohne daß der Eine oder Andere in Beziehung auf den Stand, dem er nicht angehörte, als ehrlos hätte angeſehen werden können. Für ehrlos wurde nur derjenige genommen, der die Ehre verlor, die er gehabt hatte, weil er ſich ſeines Standes unwürdig gemacht hatte und aus demſelben ausgeſtoßen worden war [78]). Die Ehrloſigkeit in dieſem Sinne trat ein in Folge der gemeinen und ſchwereren Verbrechen, welche Strafen an Leib oder Leben nach ſich zogen, oder nach dem Sprachgebrauche der mittelalterlichen Rechtsquellen: welche entweder zu Hals und Hand oder zu Haut und Haar beſtraft wurden [79]). Daß der Verbrecher die Beſtrafung wirklich erlitten, war zum Eintreten der Ehrloſigkeit nicht ſchlechterdings erforderlich, indem es überhaupt nur darauf ankam, daß es auf unzweifelhafte Weiſe feſtſtand, daß er das Verbrechen wirklich begangen. Daher wurde ſchon derjenige ehrlos, der ſeinen Leib, Haut oder Haar löſte, indem er ſich mit Geld von dieſen Strafen loskaufte, weil darin füglich ein Eingeſtändniß der Verbrechen gefunden werden konnte, die mit denſelben bedroht waren [80]). Auch wurde der Räuber oder Dieb ehrlos, der zwar nicht beſtraft, aber doch gerichtlich überführt war, das Entwendete unfreiwillig erſetzt oder wiedergegeben zu haben [81]). Im Allgemeinen wurde Jeder ehrlos, der Jahr und Tag in des Reiches Acht blieb, ohne ſich herauszuzie-

76) Savigny a. a. O. S. 225.

77) Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Th. 2, §. 349. Marezoll a. a. O. S. 300.

78) Freiwilliger Austritt aus einem Stande, indem z. B. einer aus dem Ritterſtande anfing bürgerliche Beſchäftigung zu treiben, machte zwar auch der Standesehre verluſtig, ohne jedoch Ehrloſigkeit zu begründen. Vgl. Kaiſerrecht, Buch 3, Art. 7; Marezoll a. a. O. S. 301.

79) Marezoll a. a. O. S. 305 flg. Strafen an Hals und Hand ſind Lebensſtrafen und verſtümmelnde Strafen, an Haut und Haar die nicht verſtümmelnden criminellen körperlichen Züchtigungen oder der ſogenante Staupenſchlag.

80) Sachſenſpiegel, B. 1, Art. 37. Schwabenſpiegel, Cap. 164.

81) Sachſenſpiegel, B. 1, Art. 37.

hen [82]). Denn er verlor alsdann den gemeinen Frieden, und damit alle ſeine Rechte, ſo daß er auch keine Ehre mehr beſitzen konnte [83]). Es lag aber gegen denjenigen, der ſich nicht aus der Acht herauszog, die gegründete Vermuthung vor, daß er wirklich das Verbrechen begangen habe, wegen deſſen die Acht über ihn verhängt worden war. In gleicher Weiſe mußte aber das wirkliche Erleiden der Strafe die Ehrloſigkeit nach ſich ziehen, da eben auch darin ein Beweis lag, daß der Beſtrafte das Verbrechen wirklich begangen [84]). Ueberdieß konnte mit dem Erleiden dieſer Strafen der fernere Beſitz von Ehre nicht zuſammenbeſtehen, da mit den verſtümmelnden Strafen und mit dem Staupenſchlage regelmäßig die Landesverweiſung verbunden war [85]). Die regelmäßige Wirkung der Ehrloſigkeit war, daß der Ehrloſe rechtlos wurde, weßhalb auch in den Quellen die Ausdrücke ehrlos und rechtlos häufig neben einander ſtehen [86]). Rechtloſigkeit aber bedeutete nicht die Entziehung ſämmtlicher Rechte, welche überhaupt einem Menſchen zuſtehen können, ſo daß der Rechtloſe gänzlich außer dem Schutze der Geſetze geſtanden hätte, ſondern nur den Verluſt gewiſſer, mit der Würde des freien Mannes in Verbindung ſtehender, Rechte, deren aus nahe liegenden Gründen derjenige, der ſeiner Ehre verluſtig geworden war, nicht mehr würdig erachtet werden konnte. Dieſe Rechte beſtanden namentlich in der Fähigkeit, im Gericht als Richter oder Schöffe zu ſitzen, vor Gericht gegen unbeſcholtene Leute zu zeugen, als gerichtlicher Vorſprecher für einen Anderen aufzutreten, und für ſich ſelbſt bei gerichtlichen Prozeſſen oder bei Zweikämpfen einen Stellvertreter zu ſtellen. Auch hatte der Rechtloſe kein Wehrgeld, ſo wie er auch unfähig war, Lehen zu erwerben [87]). Dieſer Rechte, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes ausmachte, wurde der Ehrloſe regelmäßig verluſtig, und nur auf ſie iſt die Rechtloſigkeit zu beziehen, welche die Ehrloſigkeit immer in ihrem Gefolge hatte. Aber darum war noch nicht jeder Rechtloſe ohne Weiteres ehrlos. Denn die Fähigkeit zu denjenigen Rechten, deren Inbegriff das Recht des freien Mannes bildete, konnte Jemandem auch aus anderen Gründen, als wegen eines von ihm begangenen Verbrechens abgehen, und ehrlos war nur derjenige, der wegen begangener Verbrechen rechtlos geworden war. Namentlich waren uneheliche Kinder aller Art rechtlos, ſo wie auch Kämpfer und ihre Kinder und Spielleute und Gaukler, ohne daß ſie deßwegen zu den ehrloſen Perſonen hätten gerechnet werden können [88]). Daß das einheimiſche Recht außer der Ehrloſigkeit in dem angegebenen Sinne noch andere Arten von Ehrenſchmälerung gekannt habe, läßt ſich nicht nachweiſen. Damit iſt zwar nicht ausgeſchloſſen, daß es im Leben und in der Geſellſchaft Ehrenſchälerungen in den mannichfachſten Unterabſtufungen inſofern gegeben haben müſſe, als ein Menſch durch ſeine

82) Sachſenſpiegel, B. 1, Art. 38.
83) Marezoll a. a. O. S. 309.
84) Marezoll a. a. O. S. 306.
85) P. G. O. Art. 198.
86) Marezoll a. a. O. S. 305.
87) Marezoll a. a. O. S. 296 flg.
88) Marezoll a. a. O. S. 302.

Handlungsweiſe in der Achtung ſeiner Nebenmenſchen in größerem oder geringerem Grade ſinken kann; aber wie ſich dieſe Ehrenſchmälerungen niemals auf beſtimmte juriſtiſche Grenzen zurückführen laſſen, ſo konnten ſie auch keine beſtimmten rechtlichen Wirkungen haben [89]).

Um nun auf die heutigen Rechtsanſichten über Ehrloſigkeit und Ehrenſchmälerung zu kommen, ſo ſind, wie ſchon bemerkt worden iſt, die Meinungen ſehr getheilt über den Umfang, in welchem neben dem angegebenen Syſteme des teutſchen Rechtes das römiſche Recht in dieſer Lehre recipirt worden ſei [90]). Daß Vieles von den römiſchen Rechtsanſichten heutiges Tages unanwendbar ſei, hat man von jeher zugeben müſſen; die gänzliche Unanwendbarkeit derſelben iſt aber erſt in neueſter Zeit behauptet und dadurch dargethan worden, daß keine von den Wirkungen, welche das römiſche Recht auf die consumtio oder minutio existimationis gründet, in unſeren Verhältniſſen mehr vorkommen kann [91]). Für die fortwährende Anwendbarkeit des römiſchen Rechtes konnte man ſich freilich theils auf das canoniſche Recht berufen, in welchem im Allgemeinen die römiſchen Beſtimmungen über minutio existimationis aufgenommen ſind [92]), theils auf einheimiſche Geſetze, in welchen in Anſehung der Strafen an der Ehre ausdrücklich auf das römiſche Recht verwieſen wird [93]). Allein wenn es gewiß iſt, wie aus der obigen Darſtellung des römiſchen Syſtems hervorgeht, daß die in demſelben angenommenen Wirkungen der Ehrloſigkeit und Ehrenſchmälerung bei unſeren Verhältniſſen keine Anwendung mehr finden können, ſo kann auch jener Verweiſung nicht die Wirkung zugeſchrieben werden, das römiſche Recht in dieſer Lehre noch als bei uns anwendbar erſcheinen zu laſſen. Daneben iſt aber gewiß, daß auch von den Wirkungen, welche das einheimiſche Recht mit der Ehrloſigkeit verbindet, ein großer Theil ſeine heutige Anwendbarkeit verloren haben muß. Denn dieſe Wirkungen hingen hauptſächlich mit den Standesverhältniſſen und der Gerichtsverfaſſung der früheren Zeit zuſammen, und konnten daher bei der Umgeſtaltung, welche dieſe beiden Verhältniſſe im Verlaufe der Zeit erfahren haben, keine Geltung behalten.

Die Reichsgeſetze ſprechen mehrfach von Ehrloſigkeit, ohne anzugeben, was ſie darunter verſtehen, wie denn auch kaum angenommen werden kann, daß der Reichsgeſetzgebung ein richtiger Begriff von der römiſchen infamia vorgeſchwebt habe. Da aber weder das römiſche Recht ſich überall als anwendbar in dieſer Lehre erwies, und da bei den veränderten Verhältniſſen auch Vieles von dem einheimiſchen Rechte ſeine Brauchbarkeit verloren haben mußte, ſo hatten Doctrin und Gerichtsgebrauch um ſo mehr Veranlaſſung und Spielraum, eine neue, den neuen Verhältniſſen angemeſſene Theorie von Ehrloſigkeit und Ehrenſchmälerung auszubilden. Daß

89) Z. B. Sachſenſpiegel, B. 1, Art. 5, wo vom Verluſt der weiblichen Ehre die Rede iſt, ohne daß rechtliche Folgen davon abhängig gemacht werden.

90) Wie ſchwankend die Anſichten darüber ſeien, ſ. bei Marezoll a. a. O. S. 346—349.

91) Savigny a. a. O. S. 224 flg.

92) Vgl. Marezoll a. a. O. S. 318 flg.

93) P. G. O. Art. 104.

dieſe Theorie, welche unter dem Einfluſſe der Beſtimmungen theils des römiſchen, theils des einheimiſchen Rechtes ausgebildet wurde, einigermaßen ſchwankend wurde, kann nicht Wunder nehmen [94]). Nach derſelben ſind für das heutige Recht drei Arten oder Grade von Ehrenſchmälerung anzunehmen.

1) Die Ehrloſigkeit, welche nicht mehr wie im älteren teutſchen Rechte blos den Verluſt der Standesehre, aber auf der anderen Seite auch nicht Aufhebung aller bürgerlichen Ehre bedeutet, wie ja auch nach römiſchem Rechte durch die infamia die existimatio nicht gänzlich aufgehoben wurde. Die Ehrloſigkeit iſt vielmehr nur ein Zuſtand geſchmälerter bürgerlicher Ehre, welcher mehrfache rechtliche Nachtheile nach ſich zieht. Die Wirkungen, welche man dieſer Ehrloſigkeit mit ziemlicher Uebereinſtimmung zuſchreibt, beſtehen in Folgendem [95]): a) Verluſt des ſtaatsbürgerlichen und gemeindebürgerlichen paſſiven Wahlrechtes, ſo daß die Ehrloſen zur Landſtandſchaft und zu Gemeindeehrenämtern unfähig ſind. In vielen Particularrechten bewirkt die Ehrloſigkeit auch Verluſt des activen Wahlrechtes. b) Unfähigkeit, an ehrlichen Corporationen und Zuſammenkünften, namentlich an Zünften, Börſen und Gemeindeverſammlungen Theil zu nehmen. c) Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern und Verluſt derſelben, ſo wie der damit verbundenen Rechte und Titel. d) Unfähigkeit, Advocat, Procurator oder Notarius zu ſein. e) Verluſt des Adels, ſo wie nach Particularrechten häufig der Orden und anderer Ehrenzeichen. f) Verluſt der Lehnsfähigkeit, wobei indeſſen die Entſcheidung dem Lehnsherrn überlaſſen iſt. g) Inwieweit die Ehrloſigkeit Einfluß habe, auf die Fähigkeit, Zeuge zu ſein, iſt beſtritten. Während Einige behaupten, der Ehrloſe ſei völlig unfähig zu Zeugniſſen aller Art, wollen Andere nur eine verminderte Glaubwürdigkeit deſſelben und nur bei dem wegen Meineides Verurtheilten völlige Unfähigkeit annehmen. Nach der Notariatsordnung von 1512 iſt aber die Fähigkeit, Notarius zu werden, Allen denjenigen abgeſprochen, welche unfähig ſeien, Zeugen zu werden, ſo daß, da die Ehrloſen für notariatsunfähig erklärt werden, auch Zeugnißunfähigkeit derſelben angenommen werden zu müſſen ſcheint. Für Solennitätszeugen muß dieß um ſo mehr gelten, als gerade an die Stelle derſelben in vielen Fällen die Notarien zugezogen werden. Für die übrigen Fälle des Zeugniſſes wenden aber Viele den bei uns angenommenen Unterſchied zwiſchen untüchtigen und verdächtigen Zeugen an, indem ſie die Ehrloſen zwar nicht für gänzlich unfähig zum Zeugniſſe, aber doch für verdächtige Zeugen halten. h) Allgemein führt man noch als Folge der Ehrloſigkeit an, daß den Geſchwiſtern des Teſtirers gegen die Ehrloſen die querela inofficiosi testamenti zuſtehe, weil das eine Wir-

94) Eine eigenthümliche Anſicht ſtellt Eichhorn auf (Einleitung in das teutſche P.-R., 88), indem er behauptet, daß es heutiges Tages zwei Arten von Ehrloſigkeit gebe, deren jede ihre eigenthümlichen Wirkungen habe, nämlich die Ehrloſigkeit des einheimiſchen Rechtes und die römiſche infamia. Richtig iſt allerdings, daß die römiſche infamia nicht auf die teutſche Ehrloſigkeit übertragen werden kann; allein die römiſche infamia kann überhaupt nicht mehr für praktiſch ausgegeben werden.

95) Vgl. über dieſe Wirkungen überhaupt Marezoll a. a. O. S. 374 flg., und Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes, §. 103.

kung ſei, welche ſchon die römiſche infamia hervorbringe. Es iſt aber ſchon bemerkt worden, daß im römiſchen Rechte die infamia gar nicht das entſcheidende Moment iſt, nach welchem in gewiſſen Fällen von den Geſchwiſtern des Teſtirers die Inofficioſitätsquerel gegen den eingeſetzten Erben angeſtellt werden kann[96]). i) Particularrechtlich iſt auch zuweilen den Ehrloſen die Fähigkeit, ein Teſtament zu errichten, entzogen.

Was nun die Fälle betrifft, in welchen dieſe Ehrloſigkeit eintritt, ſo iſt es nicht unbeſtritten, ob es noch heutiges Tages eine infamia immediata gebe, welche von ſelbſt in Folge der begangenen Handlung eintrete, ohne daß ein richterliches Urtheil dazu nothwendig wäre. Einige Rechtslehrer wollen die Fälle der römiſchen infamia immediata, ſo weit ſie nicht ausdrücklich aufgehoben ſeien, oder wegen der veränderten Verhältniſſe von ſelbſt hinwegfallen, auch auf die teutſche Ehrloſigkeit anwenden[97]), während Andere behaupten, die Ehrloſigkeit könne heutiges Tages nicht anders, als durch Vermittelung richterlichen Urtheiles eintreten, weil ſie eine Strafe ſei, und alſo richterliches Urtheil vorausſetze[98]). Dieſer Grund iſt zwar nicht ganz zutreffend, da die infamia nach römiſchem Rechte auch ſchon für eine Strafe galt, und dennoch unmittelbar in Folge gewiſſer Handlungen eintreten konnte, und da überdieß in mehreren teutſchen Reichsgeſetzen ausdrücklich verordnet iſt, daß in manchen Fällen die Ehrloſigkeit ipso iure eintreten ſolle. Allein deſſen ungeachtet kann von einer Anwendbarkeit der römiſchen infamia immediata bei uns keine Rede ſein. Denn der Begriff der römiſchen infamia fällt mit dem der teutſchen Ehrloſigkeit keineswegs in Eins zuſammen, ſo wie auch die Wirkungen, welche die infamia hatte, von den Folgen, welche die Ehrloſigkeit nach ſich zieht, weſentlich verſchieden ſind. Es wäre aber entſchieden unſtatthaft, wenn man die Folgen der teutſchen Ehrloſigkeit in ſolchen Fällen eintreten laſſen wollte, in welchen nach der Meinung des römiſchen Rechtes nur die Folgen der infamia eintreten ſollten. Zu den Fällen der römiſchen infamia immediata ſind noch einige Fälle hinzugekommen durch Fridericianiſche Authentiken, deren heutige Unanwendbarkeit aber allgemein anerkannt iſt[99]). Auch in teutſchen Reichsgeſetzen iſt für einige Fälle verordnet, daß die Infamie unmittelbar mit der begangenen Handlung eintreten ſolle. Namentlich ſollen Obrigkeiten, Notarien und Schreiber ihrer Aemter und Ehren entſetzt ſein, welche die Contractsurkunde über den von einem Juden an einen Chriſten geſchehenen Verkauf einer Forderung ausfertigen[100]); allein dieſe Beſtimmung iſt längſt außer Gebrauch gekommen, da der Verkauf ſelbſt nicht mehr als ein verbotenes Geſchäft angeſehen wird. Auch ſoll der Herausforderer bei einem Duelle ipso facto ſeiner Ehren entſetzt ſein[101]; allein der darauf bezüg-

---

96) S. oben Note 67.
97) Z. B. Marezoll a. a. O. S. 350 flg.
98) Z. B. Mittermaier a. a. O. §. 101.
99) Authent. Gazaros, C. de haereticis. (1. 5.) Agricultores C. quae res pignori. (8. 17.) Habita C. ne filius pro patre. (4. 13.)
100) R.-A. von 1551, §. 80.
101) Reichsſchluß von 1668.

liche Reichsſchluß iſt nicht zur allgemeinen Publication gekommen, ſo daß auch dieſe Beſtimmung nicht als praktiſch angeſehen werden kann. Endlich ſollen auch die muthwilligen Bankerottirer von allen Ehren und Dignitäten ausgeſchloſſen ſein, was allerdings für das gemeine Recht noch als giltig anerkannt werden muß[102]).

Abgeſehen von dieſen Fällen kann die Ehrloſigkeit eintreten, theils in Folge der Verurtheilung wegen gewiſſer Verbrechen, theils in Folge gewiſſer Strafen, welche Jemand erlitten. Viele behaupten, daß es in Anſehung der Frage, welche Verbrechen es ſeien, die für den wegen derſelben Verurtheilten Ehrloſigkeit nach ſich ziehen, auf das römiſche Recht ankomme. Darnach müſſe die Ehrloſigkeit eintreten in denſelben Fällen, in welchen nach römiſchem Rechte die Verurtheilung infamia nach ſich zog, ſo daß theils die Verurtheilung wegen ſolcher öffentlicher Verbrechen, die in einer lex iudicii publici bedroht waren, theils die Verurtheilung wegen eines der infamirenden Privatdelicte Ehrloſigkeit für den Verurtheilten begründen müſſe[103]). Die Meinung ſtützt ſich auf den an und für ſich richtigen Grund, daß das römiſche Criminalrecht bei uns im Ganzen recipirt, und der auf die Infamie bezügliche Theil deſſelben nicht ausdrücklich ausgenommen ſei. Darum will dieſe Meinung die Ehrloſigkeit auch nur unter der Vorausſetzung eintreten laſſen, daß bei uns noch dieſelbe Strafe, mit welcher das römiſche Recht das Verbrechen bedroht, als die regelmäßige anerkannt, und nicht etwa eine ganz andere Strafe an deren Stelle getreten ſei. Allein gerade daraus folgt, daß das römiſche Recht überhaupt gar nicht darüber entſcheiden kann, wenn Ehrloſigkeit eintreten ſolle. Denn die Ehrloſigkeit iſt auf jeden Fall etwas Anderes, als die römiſche Infamie, ſo daß man immer eine andere Strafe, als im römiſchen Rechte vorgeſchrieben iſt, eintreten laſſen würde, wenn man in allen den Fällen, in welchen das römiſche Recht Infamie annimmt, Ehrloſigkeit entſtehen laſſen wollte.

Auf der anderen Seite kann aber auch die Meinung vieler Praktiker nicht für die richtige angeſehen werden, daß die Ehrloſigkeit überhaupt nur begründet werde durch die Strafe, welche Jemand erlitten, und daß keine Ehrloſigkeit eintrete, wenn Jemand wegen eines Verbrechens zwar verurtheilt, aber nicht mit einer ſolchen Strafe belegt ſei, welche entweder nach Geſetz oder nach Gerichtsgebrauch als ehrlosmachend gelte[104]). Denn der vernünftige Grund, aus welchem gewiſſe Strafen als ehrlosmachend gelten, kann offenbar nur darin liegen, daß dieſelben den Beweis liefern, der Beſtrafte habe wirklich das Verbrechen begangen, welches ihn ſeiner Ehre verluſtig mache. Daraus folgt aber, daß das Eintreten der Ehrloſigkeit von dem wirklichen Erleiden der Strafe unabhängig ſein muß, und daß es dabei nur darauf ankommen kann, daß es gerichtlich feſtſtehe, Jemand habe wirklich ein ſolches Verbrechen begangen. In der That ließ auch

102) R. P. O. von 1548, Tit. 22; von 1577, Tit. 23, §. 2, und Reichsſchluß vom 17. Febr. 1671.

103) J. B. Marezoll a. a. O. S. 357 flg.

104) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 5, S. 160 flg.

das ältere einheimiſche Recht Ehrloſigkeit eintreten, wenn Jemand ſich nur losgekauft hatte von einer Strafe, welche für entehrend gehalten wurde. Daher muß immer das Verbrechen, welches Jemand begangen, auch in den Fällen, in welchen er eine entehrende Strafe erlitten, als der letzte Grund ſeiner Ehrloſigkeit angeſehen werden.

Aus dieſen Bemerkungen folgt aber auch, daß gerade nach der Strafe, welche einem Verbrechen angedroht iſt, beurtheilt werden muß, ob daſſelbe für ein ehrlosmachendes gehalten werden müſſe oder nicht. Denn wenn einmal, wie es nach unſerem Rechte der Fall iſt, an das Erleiden gewiſſer Strafen die Ehrloſigkeit als Folge gebunden iſt, ſo muß angenommen werden, daß dieſe Strafen nur ſolchen Verbrechen angedroht ſind, welche wirklich für entehrende gelten, ſo wie umgekehrt, daß alle Verbrechen, welche mit anderen, als ehrlosmachenden, Strafen bedroht ſind, auch von der Geſetzgebung nicht für entehrende gehalten worden ſind. Nach altteutſcher Anſicht war die Ehrloſigkeit verbunden mit allen Strafen, die entweder an Hals oder Hand, oder an Haut und Haar gingen. Heutiges Tages iſt der größte Theil dieſer Strafen außer Gebrauch gekommen, indem andere an deren Stelle getreten ſind. Da aber auch in früheren Zeiten nicht die Art der Strafe, ſondern das Verbrechen, wegen deſſen dieſelbe zugefügt wurde, der eigentliche Grund war, aus welchem Ehrloſigkeit eintrat, ſo war es nur conſequent, daß ſich in der Praxis die Anſicht bildete, daß auch diejenigen heutigen Strafen, welche an die Stelle jener älteren getreten ſind, Ehrloſigkeit begründen. Darnach muß heutiges Tages gemeinrechtlich jede Strafe, welche mindeſtens dem Staupenſchlage gleichkommt, für eine entehrende Strafe, und jedes Verbrechen, welches mit einer ſolchen Strafe bedroht iſt, für ein entehrendes Verbrechen angeſehen werden. Gemeinrechtlich iſt daher die Zuchthausſtrafe nicht unbedingt entehrend, ſondern nur ein ſolcher Grad derſelben, der mit dem ehemaligen Staupenſchlage verglichen werden kann[105]). Daß die Ehrloſigkeit in dem Strafurtheile ausdrücklich ausgeſprochen ſei, iſt zum Eintreten derſelben nicht erforderlich, da das Strafurtheil, welches auf die entehrende Strafe lautet, den Beweis vorausſetzt, daß Jemand das entehrende Verbrechen wirklich begangen habe. Eben ſo wenig iſt zum Eintreten der Ehrloſigkeit erforderlich, daß Jemand die entehrende Strafe wirklich abgebüßt habe, da nicht in dem wirklichen Erleiden, ſondern nur darin, daß Jemand die Strafe verdient hatte, der Entſtehungsgrund ſeiner Ehrloſigkeit liegen kann[106]).

---

105) Nach den neueſten Strafgeſetzgebungen (ſ. dieſelben bei Mittermaier in Note 3 zu §. 71 von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechtes) entehrt der Regel nach die Zuchthausſtrafe ohne Rückſicht auf ihren Grad und ihre Dauer. Das ſetzt aber voraus, daß für die leichteren Verbrechen noch andere Strafanſtalten vorhanden ſeien.

106) Nach dem (übrigens nicht publicirten) Reichsſchluſſe vom 19. September 1668 ſoll auch der Injuriant mit infamia belegt werden. Daß damit eigentliche Ehrloſigkeit gemeint ſei, kann nicht angenommen werden. Die Beſtimmung beruht vielmehr auf dem, auch von vielen Praktikern damaliger Zeit gehegten, Mißverſtändniſſe, daß die römiſche infamia in Teutſchland recipirt ſei. Vgl. Savigny a. a. O. S. 229 flg.

Umgekehrt aber kann keine Ehrloſigkeit eintreten, wenn in dem Strafurtheile ſelbſt die Anerkennung liegt, daß ſich Jemand ſeiner Ehre nicht verluſtig gemacht habe. Dieſes Anerkenntniß kann theils ſtillſchweigend, theils ausdrücklich in dem Strafurtheile enthalten ſein. Das Erſtere iſt der Fall, wenn das Urtheil auf eine andere, als eine ehrlosmachende Strafe lautet, indem damit von ſelbſt anerkannt iſt, daß das zu beſtrafende Verbrechen kein ehrlosmachendes geweſen ſei. Selbſt wenn das zu beſtrafende Verbrechen ſeiner Gattung und ſeinem Thatbeſtande nach ein ſolches geweſen ſein ſollte, daß der Regel nach mit einer entehrenden Strafe zu belegen geweſen wäre, würde daſſelbe für kein entehrendes gehalten werden können, wenn im einzelnen Falle geſetzliche Gründe vorhanden geweſen wären, welche den Richter beſtimmen konnten, auf eine andere Strafe zu erkennen. Ausdrücklich aber iſt das Anerkenntniß, daß ſich Jemand ſeiner Ehre nicht verluſtig gemacht habe, in dem Strafurtheile enthalten, wenn in demſelben dem Verurtheilten ſeine Ehre vorbehalten wird, was ſchon in der früheren Praxis vorkam, und auch in der Reichsgeſetzgebung als zuläſſig anerkannt iſt [107]).

Der Regel nach bleibt die Ehrloſigkeit lebenslänglich auf dem Ehrloſen haften, weil der Grund, aus welchem ſie eingetreten war, nicht wieder ungeſchehen gemacht werden kann. Da aber die Ehrloſigkeit immer eine Strafe iſt, ſo kann ſie auch von demjenigen aufgehoben werden, welchem überhaupt das Begnadigungsrecht zuſteht. Damit aber die Ehre durch die Begnadigung wiederhergeſtellt werde, muß ſich dieſelbe ausdrücklich mit darauf erſtrecken, indem eine Begnadigung nicht ausdehnend interpretirt werden darf, und alſo immer nur denjenigen Theil der Strafe aufheben kann, deſſen in dem Begnadigungsdecrete ausdrücklich Erwähnung gethan iſt [108]).

2) Anrüchtigkeit oder Unehrlichkeit iſt nach allgemeiner Annahme ein minderer Grad der Ehrenſchmälerung, der die Wirkung hat, daß denjenigen, die damit behaftet ſind, entweder die Zunftfähigkeit, oder überhaupt die Fähigkeit, an ehrlichen Geſellſchaften und Gemeinheiten Theil zu nehmen, abgeht. Schon nach älterem teutſchen Rechte waren uneheliche Kinder und diejenigen, welche gewiſſe verächtliche Beſchäftigung trieben, zum Theil ſogar die Kinder derſelben rechtlos in dem früher angegebenen Sinne, ohne deßwegen zu den ehrloſen Perſonen zu gehören [109]). Von dieſer früheren Anſicht hat ſich gemeinrechtlich ſo viel erhalten, daß theils un=

---

107) Das Recht, die Ehre in dem Urtheile vorzubehalten, iſt in der Reichsgeſetzgebung anerkannt; Reichsſchluß von 1668. Vgl. übrigens Glück a. a. O. S. 199.

108) Daß ſchon die bloße Specialunterſuchung einen Nachtheil an der Ehre hervorbringe, läßt ſich nicht behaupten. Der Art. 218 der P. G. O., auf den man ſich mitunter beruft, erkennt nur an, daß der gute Ruf eines Menſchen durch die Specialunterſuchung in Gefahr komme, wie es auch im Art. 20 eine Schmach genannt wird, die Jemandem angethan werde, wenn er ungerecht gefoltert werde. Particularrechtlich kommt es indeſſen vor, daß Jemand ſeiner politiſchen Rechte dadurch verluſtig wird, daß er nicht vollkommen freigeſprochen, ſondern nur von der Inſtanz entbunden wird.

109) S. oben Note 88.

eheliche Geburt, theils der Betrieb der Abdeckerei unfähig macht, in eine Zunft einzutreten, oder an ehrlichen Gemeinheiten Theil zu nehmen. Dieſe Unfähigkeit iſt es, was man Anrüchtigkeit oder Unehrlichkeit nennt, obgleich eine eigentliche Ehrenſchmälerung nicht darin gefunden werden kann. Denn verſtändiger Weiſe kann die Ehre nur geſchmälert werden in Folge unſittlicher oder unrechtlicher Handlungsweiſe, nicht aber wegen Geburt oder eines Geſchäftsbetriebes, der erlaubt und ſelbſt nothwendig in der bürgerlichen Geſellſchaft iſt. Die Anrüchtigkeit der unehelichen Kinder, welche nicht zur Theilnahme an ehrlichen Gemeinheiten im Allgemeinen, ſondern nur zum Eintritt in eine Zunft unfähig macht, wird regelmäßig durch die Legitimation derſelben aufgehoben, und zwar nicht allein durch die dem römiſchen Rechte bekannten heutiges Tages noch anwendbaren Legitimationsarten, durch welche die legitimirten Kinder den ehelichgebornen völlig gleichgeſtellt werden, ſondern auch durch eine dem teutſchen Rechte eigenthümliche, zu dieſem Zwecke beſonders eingeführte ſogenannte unvollkommene Legitimation, legitimatio ad honores, welche von dem Regenten ertheilt wird. Da dieſe Legitimation in allen Fällen, entweder auf Anſuchen eines der Eltern oder des Kindes ſelbſt ertheilt zu werden pflegt, ſo kann die Anrüchtigkeit unehelicher Kinder überhaupt kaum noch als etwas Praktiſches angeſehen werden [110]).

Die Anrüchtigkeit des Abdeckers geht weiter, indem ſie denſelben nicht blos zunftunfähig macht, ſondern überhaupt von der Theilnahme an ehrlichen Geſellſchaften und Gemeinheiten ausſchließt [111]). Darnach ſind die Abdecker wohl auch unfähig zur Theilnahme an Gemeindeverſammlungen, ſo wie zur Uebernahme von Ehrenämtern aller Art, welche ihnen ohnedieß nicht leicht übertragen werden würden. Ehemals erſtreckte ſich die Anrüchtigkeit der Abdecker auch auf deren Kinder, welche jedoch nach dem neueſten Reichsgeſetze nur inſofern noch unehrlich ſein ſollen, als ſie ſelbſt das väterliche Gewerbe betreiben [112]). Ueberhaupt iſt es der Obrigkeit vorbehalten, denjenigen, der die Abdeckerei getrieben hat, unter der Vorausſetzung, daß er das Geſchäft aufgiebt, wieder für ehrenhaft zu erklären [113]). Was übrigens von dem Abdecker oder Schinder gilt, kann nicht auf den eigentlichen Scharfrichter bezogen werden [114]).

3) Die **Verächtlichkeit** wird von den Rechtslehrern als der dritte Grad verminderter Ehre angegeben. Dieſelbe ſoll in Folge unmoraliſcher Handlungen und überhaupt eines verächtlichen Lebenswandels entſtehen. Allein wie es keine geſetzlich beſtimmten Fälle gibt, in welch n dieſe Ver-

110) Vgl. überhaupt **Eichhorn**, Einleitung §. 89.

111) Reichsſchluß von 1772, §. 5. In Folge von Vorurtheilen und engherzigen Zunftanſichten, nach welchen die Zünfte ſich abſchloſſen und Keinen, der von einer anderen Zunft herſtammte, in ſich aufnehmen wollten, wurden ehemals gar viele Handwerke für unehrlich ausgegeben. Die Reichsgeſetzgebung war oft veranlaßt, ſich gegen ſolche Handwerksmißbräuche zu erklären. R. P. O. von 1548, Tit. 37, §. 1; von 1577, Tit. 38, §. 1. Reichsſchluß von 1731, §. 4.

112) Reichsſchluß von 1772, §. 5.

113) Reichsſchluß von 1772, §. 5.

114) Nur wenn der Scharfrichter zugleich Schinder iſt, trifft ihn die Anrüchtigkeit. Vgl. **Glück** a. a. O. S. 213.

ächtlichkeit eintreten ſoll, ſo laſſen ſich auch keine beſtimmten rechtlichen Wirkungen derſelben angeben, ſo daß dieſelbe überhaupt nicht für ein eigentliches Rechtsinſtitut angeſehen werden kann [115]). Der gute oder böſe Ruf, den ſich Jemand durch ſeine Handlungsweiſe erworben, kann zwar in einzelnen Beziehungen rechtlich in Betracht kommen, z. B. bei ſeiner Glaubwürdigkeit als Zeuge, bei der Frage, ob den Geſchwiſtern des Teſtirers die Inofficioſitätsquerel zuſtehe, bei der Aufnahme in Corporationen, oder hinſichtlich der Fähigkeit zu ſolchen Functionen, die beſonderes Vertrauen vorausſetzen; allein es kommt dabei Alles auf das Ermeſſen des Richters oder anderer Behörden an, ohne daß von einem beſtimmten rechtlichen Begriffe die Rede ſein könnte.

Luden.

Eid [1]) iſt eine feierlich verſtärkte Ausſage oder Zuſage, oder eine Erklärung, unter Anrufung des Höchſten, zur Beſtärkung der Wahrheit einer Ausſage, oder der Erfüllung einer Zuſage.

Bei der Gemeinſchaft der Menſchen und dem rechtlichen Verkehre können die Zeichen der Vereinbarung Contrahirender ſehr verſchieden ſein. Stillſchweigend, durch Anwendung geeigneter Symbole wird ein Verhältniß bekräftigt, oder ausdrücklich durch das Wort an und für ſich oder zugleich mit anderen Zeichen. Das Wort, die Antwort auf geſchehene Anfrage, die Bejahung iſt Schwur (swear, answer) [2]). Die Bejahung als eine beſonders bindende wird Eid [3]). Ein ausgeſprochener, antwortender, geſchworener Eid iſt daher Eidſchwur [4]).

Das Inſtitut des Eides liegt ſomit in der Natur der menſchlichen Verbindung überhaupt, und als Folge dieſer natürlichen Nothwendigkeit finden wir den Eid bei allen Völkern und zu allen Zeiten [5]). Die Auffaſſung und Geſtaltung im Einzelnen iſt dabei eine ſehr verſchiedene, ab-

---

115) Vgl. Mittermaier, Grundſätze des t. P.-R., §. 104.

1) Quellen. Römiſches Recht: Dig. lib. XII. tit. II. de iureiurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali. Cod. lib. IV. tit. I. de rebus creditis et iureiurando. Canoniſches Recht: Decret. Grat. Can. XXII. Tit. de iureiurando. X. II. 24. in VI. II. 11. Clem. II. 9. — Literatur. Speciellen Nachweis gibt Friedrich Bayer, Betrachtungen über den Eid, enthaltend eine ausführliche Erörterung ſeines Begriffes, Zweckes und der Art ſeiner Anwendung u. ſ. w. (Nürnberg 1829, 8.), S. 240—303. Insbeſondere ſind hervorzuheben J. H. Böhmer, ius eccl. Protest. lib. II. tit. XXIV. Jul. Frid. Malblanc, doctrina de iureiurando, e genuinis legum et antiquitatis fontibus illustrata. Norimberg. 1781; ed. II. Tubing. 1820, 8. Karl Friedr. Göſchel, der Eid nach ſeinem Principe, Begriffe und Gebrauche. Theologiſch-juriſtiſche Studien. Berlin 1837, 8. (vergl. meine Recenſion in Richter's krit. Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, 1838, Bd. 4, S. 618 flg.).

2) Vergl. Adelung, grammatiſch-krit. Wörterbuch s. v. ſchwören. svaran iſt varan, waren, reden, mit dem intenſiven s.

3) S. Göſchel a. a. O. S. 146, Anm. *. Die Etymologie iſt beſtritten. Nicht unwahrſcheinlich iſt der Zuſammenhang mit dem Sanskrit. it, ligare. S. Graff, althochteutſcher Sprachſchatz, Bd. 1, S. 151.

4) Grimm, teutſche Rechtsalterth., S. 892 flg.

5) Literatur über die Geſchichte des Eides bei Göſchel a. a. O. S. 238, Anmerk.

hängig von der Mannigfaltigkeit der nationalen Eigenthümlichkeiten und vor Allem von der Geſittung, denn die Heiligkeit des Wortes iſt in der Wahrhaftigkeit des Einzelnen und der Geſammtheit gegründet. Aus der jedesmaligen Beſchaffenheit des Eides und der darin ſich kund gebenden Treue und Zuverläſſigkeit kann auf der anderen Seite daher auch der Charakter der Zeit ſelbſt erkannt werden, und ſo ſollte dem Staate eigentlich nichts heiliger ſein, als die Heilighaltung des Eides ſelbſt zu bewirken. Aehnlich, wie bei der Ehe, durchdringen ſich hier politiſche und religiöſe Beziehungen, weßhalb auch von jeher die doppelte Seite im Verkehre und in der Geſetzgebung feſtgehalten iſt.

Alle Völker haben beim Eide einen religiöſen Geſichtspunkt, der ſich in der Bezugnahme auf ein Höheres darſtellt, wovon ſie abhängig ſind, und das ſie zum Zeugen der Wahrheit der Ausſagen anrufen, ſo wie zugleich zum Rächer der Unwahrheit. Der Charakter der Religion überhaupt prägt ſich auch hierbei aus.

Bei den heidniſchen Völkern iſt es vor Allem das Geſchaffene, die Natur, auf welche der Eid bezogen wird, denn darin liegt das Weſen der Gottheit nach heidniſchem Begriffe; doch fehlt es auch hier ſchon nicht an einer würdigen und höheren Auffaſſung. So beſonders bei den Griechen und Römern. Cicero namentlich ſpricht ſich mehrfach darüber aus, und gibt die Erklärung: **Iusiurandum est affirmatio religiosa.** Er fordert die Wahrheit: **quasi Deo teste,** und bemerkt: **non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet**[6]). Die Heiligkeit des Eides hebt er auch ſonſt öfter hervor, und ſtatuirt gegen die Verletzung derſelben eine göttliche Strafe, **periurii poena divina exitium,** neben der die menſchliche, **humana, dedecus,** nur untergeordnet zu ſein ſcheint[7]). Das römiſche Recht überhaupt erkennt ſtets die hohe Bedeutung des Eides an, doch geſtattet oder fordert es ſelbſt ſeine Leiſtung zu häufig, und veranlaßt dadurch den Mißbrauch. Weſentlich iſt nach römiſchem Begriffe mit der Obteſtation der Fluch, die Exſecration verbunden [8]). Der Standpunkt, den der Eid bei den Juden [9]) einnimmt, iſt kein höherer, ja er iſt ſogar in der Anwendung niedriger, wie beſonders aus den vielen Uebertretungen um die Zeit Chriſti geſchloſſen werden kann. Ja ſchon früher mußten oft Warnungen und Drohungen gegen Mißbrauch des Eides und Meineides ergehen[10]). Die ſtrengeren Grundſätze wurden durch die Anſicht untergraben, daß Eide, welche nicht unter Anrufung Gottes geleiſtet würden, keine verpflichtende Kraft hätten. Dagegen erhob ſich Chriſtus [11]), indem er jeden Eid auf den

6) **De officiis lib. III. cap. 29.** Vergl. **pro Roscio Comoedo cap. 16.**

7) **De legibus lib. II. cap. 9. 16. 22.;** vergl. **de officiis lib. III. cap. 11** u. a. m.

8) M. ſ. überhaupt Stäudlin, Geſchichte der Vorſtellungen und Lehren vom Eide (Gött. 1824, 8.), S. 50 flg.

9) Stäudlin a. a. O. S. 5 flg.

10) S. z. B. Hoſeas 4, 1 flg.; Jerem. 4, 2; 7, 3 flg.; Zephan. 1, 5 u. v. a.

11) Stäudlin a. a. O. S. 31 flg. Tholuck, Auslegung der Bergpredigt, S. 275 flg.

Tempel oder den Schatz deſſelben, den Altar oder die Gabe auf demſelben für gleich bindend erklärte[12]), dann aber noch allgemeiner ſich alſo ausſprach: „Ihr habt vernommen, daß den Alten geſagt worden: du ſollſt nicht falſch ſchwören, du ſollſt vielmehr dem Herrn deine Eide halten. Wenn ihr das erfüllt habt, meint ihr der Verehrung Gottes genug gethan zu haben, ob ihr gleich unzählige Male den Namen Gottes auch bei wahren Betheurungen leichtſinnig gebrauchtet. Ich aber gebiete euch eine noch weit höhere Verehrung des Herrn, eures Gottes; nicht nur nicht falſch ſchwören ſollt ihr aus Ehrfurcht gegen ihn, ſondern überhaupt keinen Eidſchwur leiſten —. Eure Rede ſei einfach, die Betheurung mit Ja und Nein; was mehr dazu geſetzt wird, das gehört dem Reiche des Böſen an [13]).“ Wie dieß zu deuten ſei, darüber bildeten ſich bald verſchiedene Anſichten. Manche glaubten hierin ein Verbot des Eides ſchlechthin zu finden, Andere dagegen nur die mißbräuchliche Anwendung unterſagt zu ſehen. Die letztere Anſicht, für die man ſich darauf berufen konnte, daß Chriſtus ſelbſt, ſo wie die Apoſtel, Eide geleiſtet [14]), ward bald die überwiegende, auf Synoden anerkannt [15]), und namentlich durch den Einfluß Auguſtin's [16]) die herrſchende. So wie die kirchliche, hat daher auch die weltliche Geſetzgebung ſeit dem vierten Jahrhunderte ſpecielle Vorſchriften über den Eid erlaſſen. Man betrachtete denſelben als unentbehrlich für die gewöhnlichen Verhältniſſe des Lebens, und geſtattete ihn. Da aber, wo volles Zutrauen vorhanden iſt, es förmlich geſchworner Eide nicht bedarf, und man bei Geiſtlichen dieſes vorausſetzen zu dürfen meinte, folglich in der Forderung des Eides eine Herabſetzung fand, ward dem Clerus öfter der Eid erlaſſen, oder ein Surrogat dafür gefordert und ſelbſt oft die Leiſtung des Eides verboten. So war dem Clerus das iuramentum calumniae nicht abzufordern (ſ. unten), und ſtatt des Eides trat ſonſt auch ein Ordale ein. Das Concil von Tribur von 895 beſtimmte deßhalb [17]): Laicus per iuramentum, si necesse sit, se expurget, presbyter vero vice iuramenti per sanctam consecrationem interrogetur, quia sacerdotes ex levi causa iurare non debent; manus enim, per quam corpus et sanguis domini conficitur, iuramento polleatur?. Absit, und auch ſpäter iſt das iudicium offae für Geiſtliche noch üblich [18]). Da Benedict von Nurſia in ſeiner Regel den

---

12) Ev. Matth. 23, 16—23.

13) Ev. Matth. 5, 33—37 (vergl. Tholuck a. a. O. S. 531). Daſſelbe ſagt Jacobi 5, 12.

14) Bei den Hebräern ſprach der Richter die Eidesformel, und der Angeklagte machte ſie zu der ſeinigen durch ſein Amen. Daher liegt in dem σὺ εἶπας (Matthäi 24, 63), das Chriſtus dem Hohenprieſter antwortete, ein Eid. Vergl. beſonders c 26. X. de iureiur. (2. 24.)

15) Indirect liegt dieß in dem bloßen Verbote des Meineides. M. ſ. z. B. Synod. Eliberit. can. 74 (von falſchen Zeugen). Can. Apostol. 25.

16) C. 2 sq. Can. XXII. qu. I.

17) Im c. 21. bei Gratian, c. 4. Can. II. qu. V. Vgl. überhaupt Can. II. qu. V.

18) So im zwölften Jahrhunderte in Trier. M. vergl. Gesta Trevirorum, ed. Wittenbach et Müller, vol. I. cap. 68. (August. Trevir. 1836, 4.)

Eid gänzlich verboten hatte, ſo ward von den Anhängern derſelben ein in verbo tantum et veritate promittere verlangt[19]).

Die Praxis übte indeſſen einen entſchiedenen Einfluß und die Zuläſſigkeit des Eides, ſofern er nicht entbehrt werden konnte, ward ſchlechthin ausgeſprochen. Dieß erklärte Gratian[20]), und Innocenz III. unternahm eine förmliche Rechtfertigung des Eides und geſtattete denſelben auch einem Kloſter[21]). Das canoniſche Recht enthält demgemäß auch eine eigene Theorie über den Eid, beſchränkt ſich aber beſonders auf den Verſprechungseid, während die Beſtimmungen über den Verſicherungseid in der prozeſſualiſchen Anwendung mehr auf dem römiſchen und teutſchen Rechte beruhen. In der evangeliſchen Kirche iſt die Nothwendigkeit des Eides auch ſtets anerkannt worden. Schon Luther erklärt über die Bergpredigt: Alles Schwören und Eiden iſt hier verboten, das der Menſch von ihm ſelber thut; wenn's aber die Liebe, Gebot, Noth, Nutzen des Nächſten oder Gottes Ehre erfordert, iſt's wohlgethan.

Der Begriff des Eides ſelbſt nach chriſtlicher Lehre unterſcheidet ſich übrigens von anderen Definitionen wohl vorzüglich dadurch, daß der Fluch, die Exſecration nicht Beſtandtheil deſſelben iſt. Gott iſt im Eide des Chriſten als Zeuge, nicht als Rächer anzurufen[22]), und ſo verwandelt ſich die gewöhnliche Begriffsbeſtimmung[23]), nach welcher der Eid weſentlich eine bedingte Verwünſchung iſt.

Nach ſeinem Fundamente iſt der Eid ein religiöſer Act. Die wiſſenſchaftliche Entwickelung ſowohl, als die Geſetzgebung, und demgemäß die Praxis, ſollten ſich ſtets dieſer Grundlage bewußt ſein. Nur dann wird die Entheiligung des Eides, wozu der Meineid als das Extrem gehört, aufhören können.

Bei der Auseinanderſetzung der mannigfachen hier zu betrachtenden Rechtsverhältniſſe gehen wir von der Darlegung der allgemeinen Principien aus, und knüpfen daran die Erörterung der ſpeciellen, bei den einzelnen Arten des Eides zu berückſichtigenden materiellen und formellen Grundſätze.

Allgemeine Grundſätze.

Der Eid, als eine affirmatio religiosa, für die Fixirung rechtlicher Zuſtände unentbehrlich, unterliegt beſtimmten materiellen und formellen Bedingungen, welche ſich in Concreto verſchieden geſtalten. Mit Rückſicht auf Jeremiä, Cap. 4, V. 2, daß, wer ſich zu Gott bekehrt ohne Heuchelei, recht und heilig ſchwört, erinnert Hieronymus[24]): Animadvertendum est, quod iusiurandum hos habeat comites, ve-

---

19) Capitulare Pippini Regis Italiae a. 793. cap. XXXVI. (Walter, Corp. iur. germ. II. 288). Vergl. Capit. Aquisgran. a. 816, cap. XLIII.

20) Im Eingange zur qu. I. Can. XXII.

21) C. 26. X. h. t. (2. 24.) a. 1206.

22) S. Göſchel a. a. O. S. 225 flg.

23) Auch bei Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 2, S. 259. Walter, Kirchenrecht, §. 347. — S. beſonders Falck, Bemerkungen über den Begriff des Eides; in den Eranien zum teutſchen Rechte, Lieferung 2, Nr. 7, S. 90 flg.

24) In c. 2. Can. XXII. qu. II.

ritatem, iudicium atque iustitiam. Si ista defuerint, nequaquam erit iuramentum, sed periurium. Dieſe Erklärung ward als eine der Sache entſprechende feſtgehalten und als kirchlich techniſch anerkannt [25]). Die beiden erſten Momente beziehen ſich auf das Subject, das dritte auf das Object. Es gehört alſo zur Giltigkeit des Eides überhaupt:

1) **veritas**, nämlich in mente. Wer einen Eid leiſtet, ſoll von der Wahrheit ſeiner Ausſage überzeugt ſein. Gott iſt Zeuge und kennt die Gedanken des Schwörenden, welche auch vor Menſchen nicht durch Liſt (quacunque arte verborum) verborgen oder verändert werden dürfen. Jeder Rückhalt, reservatio mentalis iſt daher unerlaubt, und macht den Eid zum Meineide [26]). Hierher gehört auch der Fall, wenn Jemand wirklich die Wahrheit ausſagt, es aber in ſeiner Abſicht lag, einen falſchen Eid zu leiſten [27]). Nur eine durch die Umſtände gerechtfertigte Simulation, indem dadurch größeren Uebeln begegnet wird, erſcheint ſtraflos [28]), ſonſt aber ſoll ſelbſt im Scherze die Wahrheit nicht verletzt werden [29]).

Hiermit ſtimmen die Particularrechte überein, indem ſie heimliche Zuſätze oder Auslaſſungen ſo wie eigenmächtige Erklärungen des Eides, gegen den Sinn früherer Verhandlungen, verbieten [30]). — Auf das Subject bezieht ſich

2) **iudicium** (in iurante). Der Schwörende muß überhaupt fähig ſein, einen Eid zu leiſten, was von phyſiſchen und juriſtiſchen Vorausſetzungen abhängt. Daher wird zunächſt gefordert: a) **das gehörige Alter**, die ſogen. Eidesmündigkeit [31]). Das römiſche Recht geſtattet auch dem Pupillen, zu ſchwören, ohne ihm aber die Pflicht dazu aufzulegen. Durch den Eid obligirt er den Gegner, ohne ſelbſt benachtheiligt zu werden, wenn er einen ihm deferirten Eid nicht ableiſtet [32]). Das römiſche Recht geht hierbei von dem rein privatrechtlichen Geſichtspunkte des Vergleiches aus, ſo daß es den Pupillen ſchwören läßt, obgleich er nicht einmal des Meineides ſchuldig wird, wenn er falſch geſchworen, quia sciens fallere non videatur [33]). Das canoniſche Recht ſcheint davon nicht abzuweichen, da es vorſchreibt, daß Niemand vor dem vierzehnten Jahre zum Eide

---

25) Vergl. Gratian ad c. 23. Can. XXII. qu. IV. (eine Commentation der Stelle). Innocens III. in c. 26. X. h. t. (2. 24.) Concil. Trevirense a. 1227, can. XI. (**Hartzheim**, Concilia Germaniae, tom. III. p. 533).

26) C. 9. 11—13. Can. XXII. qu. II.

27) C. 3. Can. XXII. qu. II. Vergl. auch über dieſen Fall **Abegg**, im Archiv des Criminalrechtes. Neue Folge 1834, H. 4, S. 602—606, und die Cit.

28) C. 21. 22. C. XXII. qu. II.

29) C. 14. §. 1. 2. C. XXII. qu. II.

30) Preuß. allg. Gerichtsordn., Th. 1, Tit. 10, §. 309.

31) S. **Hohbach**, über die Eides- und Zeugenmündigkeit nach gemeinem und württemb. Rechte, in deſſen Beiträgen zum Strafrechte u. ſ. w. (Leipzig 1836, 8.) Nr. 3.

32) L. 26. pr. L. 34. §. 2. L. 42. pr. D. de iureiur. (12. 2.)

33) L. 26. pr. D. cit.

genöthigt werden ſoll [34]. Indeſſen iſt nach dem Princip dieſer Vorſchrift vielmehr zu erklären, daß Perſonen vor dieſem Alter überhaupt nicht ſchwören dürfen [35], und ſo hat auch die Praxis des gemeinen Rechtes dieß aufgefaßt, und demnach einzelne Geſetzgebungen [36], wogegen andere einen ſpäteren Termin anſetzen [37], und dann wohl eine frühere Zeit nach vorangegangener causae cognitio zulaſſen [38]. Jedenfalls ſollte aber Niemand vor erfolgter Confirmation ſchwören dürfen [39]. b) Wegen des mangelnden iudicii können auch Wahnſinnige, Betrunkene und dergl. Perſonen keinen Eid leiſten [40]. c) Hierher gehört auch, daß der Eid mit voller Freiheit geleiſtet wird (sine vi et dolo, sponte) [41]. d) Die Fähigkeit zu ſchwören iſt auch gewiſſen Perſonen zur Strafe entzogen. Nach gemeinem Rechte gilt dieß von ſolchen, welche des Meineides überführt worden [42], nach Particularrechten aber auch von anderen [43]. Oefter wird dieſe Beſchränkung nicht abſolut, ſondern nur in Beziehung auf die vom Richter auferlegten, nothwendigen Eide anerkannt [44]. e) Eine eigene Beſchränkung beſtand früher wegen der Religion, indem man Ketzern und Nichtchriſten keinen Eid gegen Katholiken verſtattete [45]. Hinſichtlich des Eides von Juden gegen Chriſten haben ſich bisweilen noch Ueberreſte des Verbotes erhalten [46]. — Ein anderes Requiſit iſt

34) C. 14—16 Can. XXII. qu. II. (vergl. Capit. Aquisgran. a. 789, cap. 62. Capit. lib. I. c. 61.)

35) Eichhorn, Bd. 2, S. 533.

36) So das öſterreich. Recht (ſ. Helfert, Darſtellung der Rechte in Anſehung der heiligen Handlungen, §. 105, Note 1), die bayerſche Gerichtsordnung, §. 505 (reſp. 14 und 12 Jahre für Knaben und Mädchen).

37) Das 18. Jahr nach der preuß. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 263. Badiſche Eheordnung.

38) So nach der badiſchen Eidesordnung.

39) S. allg. Kirchenzeit. 1837, Nr. 139, Sp. 1142.

40) C. 8. pr. Can. XXII. qu. IV. (Ambrosius). C. 16. Can. XXII. qu. V. (Capitular. lib. I. c. 61.): jejunus faciat. — Ob auch Verſchwender? Sie dürfen wenigſtens keinen Eid zuſchieben. L. 35. §. 1. D. de iureiur. (12. 2.) Nach preuß. Rechte (allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 261, muß der Eid dem Vormunde deferirt werden; ſ. aber auch §. 266.

41) C. 2. X. de his, quae vi metusve c. (1. 40.) C. 28. X. h. t. u. a

42) C. 14. Can. XXII. qu. V. C. 1. X. de purgatione canonica (5. 34.) (Concil. Tribur. a. 895).

43) S. z. B. Helfert a. a. O. §. 105, Note e—g, wegen des öſterr. Rechtes. Für Preußen, allgem. L.-R., Th. 2, Tit. 20, §. 1331, 1337, 1355, 1423, von unredlichen Verwaltern u. ſ. w. Crim.-Ordn. §. 356, N. 6.

44) So nach preuß. Rechte a. a. O., und allg. Ger.-Ordn. Th. 1, Tit. 10, §. 284.

45) Nov. 45. cap. 1. C. 1. X. de haereticis (5. 7.) (Ps. Isid.). Vgl. c. 21. X. de testibus (2. 20.) (Conc. Lateran. a. 1179).

46) Phil. Jac. Heisler, ob die Zulaſſung eines Judeneides wider einen Chriſten bedenklich ſei? (Halle 1778, 4.) und in deſſen juriſt. Abhandlungen und Erörterungen, Samml. 3, Nr. 3 (Halle 1783, 4.). Hoffmann, über die Glaubwürdigkeit jüdiſcher Zeugen u. ſ. w., in der Zeitſchrift für Geſetzgebung und Rechtspflege von Böhmer, Bopp, Jäger, Bd. 1, Nr. 5 (Darmſtadt 1832, 8.). S. auch preuß. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 228, Nr. 10.

3) iustitia, das Object ſelbſt betreffend. Der Eid darf nicht die Religion, gute Sitte oder ein Geſetz verletzen, insbeſondere keinen Nachtheil für die Kirche, den Staat oder einen Dritten herbeiführen[47]; denn dann non dicenda sunt iuramenta, sed potius periuria[48]. Wegen einzelner Rechtsverhältniſſe iſt es übrigens beſtritten, ob der Gegenſtand zum Eide geeignet ſei. So namentlich bei Eheſachen, inſofern durch die Leiſtung des Eides eine Trennung der Ehe begründet wird[49]. Da nämlich das römiſche Recht die Eidesdelation als einen Vergleich anſieht und folglich nicht zuläßt, wo ein Transact unſtatthaft iſt, ſo hat man dieß auf die Ehe übertragen und den Eid in Eheſachen verworfen, weil dieſe eine causa publica ſeien, über welche nicht tranſigirt werden dürfe. Dagegen muß aber bemerkt werden, daß nach canoniſchem Princip überhaupt der Eid nicht als bloßer Vergleich betrachtet werden kann; ſodann ſoll der Eid in der Anwendung auf die Ehe nur über ein zwiſchen den Parteien beſtrittenes Factum zur Entſcheidung dienen und ſo wie ein anderes Beweismittel zur Anwendung kommen, gegen deſſen Gebrauch nichts zu erinnern iſt, wenn nur ſonſt keine Colluſion unter den Parteien ſtattfindet[50]. Eben ſo iſt die Anwendbarkeit des zugeſchobenen Eides beim Streite über Beneficialſachen, jedoch mit Unrecht, beſtritten[51].

Neben den bisher betrachteten materiellen Requiſiten iſt auch insbeſondere die Form des Eides näher in's Auge zu faſſen. Dazu gehört die Rückſicht auf Zeit, Ort und Art der Leiſtung. Regelmäßig wird der Eid Vormittags geſchworen, was die Praxis auf die Vorſchrift: ieiunus faciat, gegründet hat[52]. Auch ſoll nicht an Sonn- und Feſttagen geſchworen werden[53], außer pro pace vel alia necessitate. Der

47) Nov. 51. c. 2 sq. Can. XXII. qu. IV. C. 2. 13. 18. 19. 21. 23. 27. X. h. t. Vgl. c. 12. X. de foro competenti. (2. 2.) C. 4. X. de homicidio. (5. 12.) C. 58. de R. J. in VI. (5. 12.) u. v. a.

48) C. 21. 27. X. h. t. u. a.

49) Ueber dieſe ſehr beſtrittene Materie vergl. man außer der älteren Literatur (Linde, Lehrbuch des Civilprozeſſes, §. 302, Anm. 11) Haſſenpflug, in Elvers' Themis, Bd. 1, H. 2, Nr. 12. Dagegen Uihlein, im Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 10, H. 1, Nr. 2. Anderer Meinung iſt dann wieder Jäger, in der Zeitſchrift für Geſetzgebung u. Rechtspflege von Böhmer, Bopp und Jäger, Bd. 1, H. 5 u. 6, gegen den wieder Uihlein, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 9, H. 1, Nr. 3, aufgetreten iſt.

50) S. c. 5. X. de eo, qui cognovit. (4. 13.) C. 5. X. de divortiis. (4. 19.) C. 12. X. de praesumtionibus. (2. 23.) — Ausdrücklich iſt durch die allg. preuß. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 256, die Zuläſſigkeit ausgeſprochen. Eben ſo das königl. ſächſ. Reſcr. vom 30. Sept. 1785, 13. Jan. 1804 (Codex August. Cont. II. I. 311. III. I. 160.). Dafür iſt auch Martin, Lehrbuch des Civilprozeſſes, §. 224, Anm. n., dagegen Linde (vor. Anm. cit.) a. a. O.

51) S. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 68.

52) C. 16. Can. XXII. qu. V. (ſ. Anm. 40). Nach der preuß. allg. Ger.-Ordn. Th. 1, Tit. 10, §. 360, ſoll vor 12 Uhr geſchworen werden.

53) C. 17. Can. XXII. qu. V. (Hier ſind auch die Zeiten genannt, in denen regelmäßig der Abſchluß der Ehe verboten war.) C. 1. X. de feriis. (2. 9.)

Ort iſt die Gerichtsſtelle, und nur im Nothfalle ein Privathaus[54]). Dabei iſt mit möglichſter Würde und Eindringlichkeit zu verfahren, was durch particulare Verordnungen im Einzelnen näher beſtimmt iſt[55]). Zweckmäßig iſt beſonders die Zuziehung eines Geiſtlichen, welche dem Ermeſſen des Richters bisweilen überlaſſen iſt[56]). Der Eid hat ſeine Kraft in der Anrufung Gottes, als Zeugen, und nach bisheriger Anſicht zugleich als Rächers. Darum liegt mittelbar in der Bezugnahme auf einen anderen Gegenſtand doch immer auch die Anrufung Gottes[57]). So bei den Römern; denn richtig bemerkt Ulpian: qui per salutem suam iurat, licet per Deum iurare videtur, respectu enim divini numinis ita iurat[58]). Daſſelbe kann man auch von den älteren teutſchen Eidesformeln[59]) behaupten, und wenn die Juden hierbei ſubtile Unterſchiede zu machen ſuchten (ſ. oben Anm. 9 flg.), ſo ward dieß von den Beſſergeſinnten verworfen und von Chriſtus ausdrücklich widerlegt. Der regelmäßige und ordentliche Eid bei den Juden bezog ſich auch unmittelbar auf Gott[60]), und ward auch in der Kirche beibehalten, ohne daß man ſich jedoch ſtreng daran band[61]), da man überhaupt von der Ueberzeugung ausging, Eide müßten gehalten werden, ohne daß die Form entſcheide[62]). Weltlicher Seits mußten jedoch unpaſſende Formeln verboten werden[63]). Eben daher wurde auch ſehr genau die Norm für den Eid der Beamten beſtimmt, in der Weiſe: Iuro ego per Deum omnipotentem et filium eius unigenitum, Dominum nostrum Jesum Christum, et Spiritum sanctum et per sanctam gloriosam Dei genitricem, et semper virginem Mariam, et per quatuor Evangelia, quae in manibus meis teneo, et per sanctos Archangelos Michaelem et Gabrielem etc.[64]). Dieſes Formular und deſſen weiterer Verlauf iſt zugleich ein förmliches Glau-

---

54) C. 2. §. 1. C. de iureiur. propter calumniam. (2. 59.) Vgl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 370—372, verb. §. 359. Früher wurde in den Kirchen vor und auf dem Altare geſchworen. S. z. B. c. 15. X. de temporib. ordin. (1. 11.) Grimm, Rechtsalterth. S. 903, 4.

55) M. ſ. z. B. wegen des preuß. Rechtes Circ.-Verordn. vom 7. März 1796 (Stengel, Beiträge, Bd. 2, S. 172). Verordnung wegen zweckmäßigerer Einrichtung der Eidesleiſtungen vom 26. October 1799 (Nov. Corp. Const. tom. X. p. 2663 sq.). Min.-Reſcr. v. 26. Nov. 1830 (v. Kamptz, Jahrbücher, H. 72, S. 312).

56) Allg. Ger.-Ordn. Th. 1, Tit. 10, §. 369.

57) S. Falck, in der oben (Anm. 23) cit. Abhandlung, S. 107, 108.

58) Vgl. L. 3. §. 4. L. 4. 5. 13. §. 6. 33. D. h. t. (12. 2.) u. a.

59) S. Grimm, Rechtsalterth., S. 50 flg.

60) 5. Moſis 6, 13.

61) S. Bingham, origines eccl. lib. XVI. cap. VII. (T. VII. p. 355 sq.) S. c. 7. 11. 14. Can. XXII. qu. I. (Hieronym.—Chrysostom.—Augustin.)

62) C. 10. Can. XXII. qu. V. (Augustin.)

63) M. ſ. z. B. Nov. 77. Ut homines .. non iurent per capillos dei etc. —

64) Nov. 8. in append. tit. III: Iusiurandum, quod praestatur ab his, qui administrationes accipiunt (a. 530). Der Eid auf die Trinität iſt auch ſonſt üblich. M. ſ. z. B. die pactio inter Guntramnum et Childebertum a. 587 (Baluzius, Capitular. I. 16).

bensbekenntniß. Sonſt war der Eid einfacher, wie gleichzeitige und nicht viel ſpätere Eidesformeln ergeben, gewöhnlich ſo: **Iurans dico per Deum omnipotentem et haec sancta quatuor Evangelia, quae in manibus meis teneo et salutem dominorum nostrorum rempublicam gubernantium** [65]. Das Evangelienbuch ſollte ſtets im Gerichte befindlich ſein, um es bei der Eidesleiſtung zu benutzen, wenn es auch nicht in die Hand genommen oder berührt wurde, was den Geiſtlichen als Vorrecht zugeſtanden ward [66]. Da Zuſätze, wie per vitam regis et filiorum eius, verboten wurden [67], blieb die einfachere Berufung auf Gott und die Evangelien am üblichſten [68]. Statt der Evangelien bezog man ſich auch auf die Heiligen [69], deren Reliquien man in einem Käſtchen vor ſich hatte, woher die Formel: bei den Heiligen, auf den Heiligen ſchwören [70]. Dieſe und ähnliche Formen wurden auch in Teutſchland üblich, der Eid ſelbſt aber wegen der Berührung der angewendeten Objecte ein körperlicher (iuramentum corporaliter praestitum) [71]. Der Eid heißt auch ein leiblicher, mit Emporheben der Hand oder eines, zweier, dreier Finger [72]. Dagegen legten Geiſtliche die Hand auf die Bruſt, was auch bei Frauen vorkam [73]. Particularrechte machen aber weiter deßhalb keinen Unterſchied [74]. Von Einfluß wurde auf die Faſſung der Eidesformel die Reformation. Während die bamberger Halsgerichtsordnung, Artikel 5, den Eid ſchließt: „Alſo bit mir Gott zu helfen und die Heiligen," hat dafür die Carolina, Art. 3: „Alſo helf mir Gott und die heiligen Evangelia;" wie auch der Religionsfriede im Reichsabſchiede §. 107 die Form des Juramentes für Katholiken und Evangeliſche beſtimmte. Dieß ging zunächſt immer nur darauf, wo für beide Reli-

---

65) C. 9. Can. I. qu. VII. (Gregor I. a. 602). Vergl. c. 14. C. de iudiciis. (3. 1.)

66) So ſchon Nov. 123. cap. 7: Ut propositis sanctis Evangeliis secundum quod decet sacerdotes, dicant quod noverint. S. Gratian, post. c. 9. Can. XI. qu. I. Vergl. auch c. 7. X. de iuramento calumniae (2. 7.) (Gregor. IX. a. 1133): Propositis tantum, sed non tactis Evangeliis.

67) S. Capitulare III. a. 803, cap. 22; vergl. Cap. lib. III. c. 42.

68) C. 4. in fin. X. de iureiur. (2. 24.): Sic me Deus adiuvet et haec sancta Evangelia.

69) Vom J. 802: Si me Deus adiuvet et ista Sanctorum patrocinia, quae in hoc loco sunt (ſ. Baluzius, ed. Capitularium T. I. p. 377, 378).

70) Grimm, Rechtsalterth., S. 896. Vergl. Pellicia, de iuramento super sanctorum lipsana (in Eiusd. de christianae ecclesiae disciplina, ed. Braun, tom. II. (Colon. 1838, 8.) diss. VII. §. 4.

71) So ſchon c. 1. C. si adversus venditionem (2. 28.), wo es aber wohl auf die perſönliche Ableiſtung geht. In den ſpäteren Quellen ſehr oft: c. 2. X. de clericis peregrinis. (1. 22.) C. 10. X. de M. et O. (1. 33.) Clem. 1. §. 3. de haereticis (5. 3.): Iurabant ad S. Dei Evangelia, corporaliter a se tacta.

72) S. Falck, in den Eranien a. a. O. S. 105.

73) S. Belege bei Grimm a. a. O. S. 897, 898. Reyſcher, Symbolik des german. Rechtes, S. 27: — dieſer Eid heißt Raſtahit (Raſteid?)? S. Grimm a. a. O. S. 906. Graff, Sprachſchatz, Bd. 1, S. 152.

74) So öſterreich. Ger.-Ordn. §. 163.

gionstheile ein gleiches Formular nöthig ward. In den einzelnen Territorien ward demnach auch eine verſchiedene Weiſe üblich, die jedoch meiſtens ſpäter vereinfacht wurde, gewöhnlich nur: ſo wahr mir Gott helfe[75]). Ueberhaupt kommt hier Alles auf die Verſchiedenheit der Confeſſion an, auf welche zum Theil ſchon das gemeine, mehr aber noch das particulare Recht Rückſicht nimmt. So wird der in nicht wirklicher Eidesform erfolgenden Ausſage der Mennoniten die Kraft des Eides beigelegt[76]). Manche Eigenthümlichkeiten pflegen insbeſondere bei den von Juden zu leiſtenden Eiden hergebracht zu ſein[77]). Schon früh herrſchten hierbei verſchiedene Vorurtheile, welche auch die ſpätere Geſetzgebung, ſelbſt da, wo die Juden eine freiere Stellung erlangt haben, zu beſonderen Feſtſetzungen veranlaßt hat[78]). Wenn aber überall die Confeſſion hier zu berückſichtigen iſt, ſo kann es zweifelhaft ſcheinen, ob man Perſonen, welche ſich keinem Bekenntniſſe anſchließen, insbeſondere ſolche, welche an Gott und ein künftiges Leben nicht zu glauben behaupten, zum Eide zulaſſen ſolle[79]). Hierbei wird es auf die Form beſonders ankommen, mit welcher man eine Perſon verpflichten will, und wenn man ſich darüber vereinigt hat, wird die Auseinanderſetzung der Folgen des Meineides vor dem weltlichen Richter für genügend erachtet werden können. Eben deßhalb iſt auch allgemeiner die Verwarnung vor Meineid (avisatio s. admonitio de vitando periurio) bei jeder Eidesleiſtung von großer Wichtigkeit und in den Geſetzen oft verordnet, wie in Oeſterreich, Preußen, Hannover u. a.[80]). Von dieſer vor der Eidesleiſtung üblichen Verwarnung und reſp. Belehrung

---

75) Von Oeſterreich ſ. allg. Ger.-Ordn., §. 164; Helfert a. a. O. §. 106, Note d. In Preußen gab es früher verſchiedene Formulare (allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 316; Crim.-Ordn. §. 334, u. v. a.; Cab.-Ordre vom 8. Auguſt 1835 [Geſetzſamml. deſſ. J. S. 182]). Vgl. Hymmen, Beiträge zur juriſt. Lit. in den preuß. Staaten, Bd. 2, S. 82 flg.

76) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 203, Nr. 5. Wegen der Philipponen desgleichen Cab.-Ordre vom 19. Nov. 1836, und Min.-Reſcr. vom 28. Januar 1837 (in v. Kamptz, Jahrb. H. 97, S. 175 flg.).

77) S. Lipenius, s. v. sacramentum Iudaeorum. Mittermaier, teutſches Privatrecht (5. Ausg.), §. 117, Anm. 32, cit. Lit. Tychſen, über die zweckmäßigſte Verbeſſerung des Judeneides, in v. Nettelbladt, Archiv für die Rechtsgelahrtheit in den mecklenburg. Landen, Bd. 1, S. 272 flg.

78) M. ſ. z. B. die ausführlichen Vorſchriften der allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 317—355, Anhang §. 90, 91; Edict vom 11. März 1812, §. 22, verb. mit den Verordnungen bei Heinemann, Sammlung der die religiöſe und bürgerliche Verfaſſung der Juden in den preuß. Staaten betreffenden Geſetze (Glogau 1831, 8.), S. 281 flg., S. 393. S. Paalzow, observat. ad ius comm. Borussicum fasc. I. (Berol. 1795), nr. 8: De solennitatibus observandis in iuramentis Iudaeorum. — Badiſche Verordnung vom 6. März 1813. — Kurheſſ. Geſetz vom 14. Febr. 1828, u. v. a.

79) S. Hommel, über die Abfaſſung des Eides bei einem Naturaliſten, in den rhapsodiae quaest. observ. 246. — Allg. Kirchenzeitung, 1831, Nr. 47, verb. 1830, Nr. 42. S. Göſchel a. a. O. S. 163, Anm. *.

80) Helfert a. a. O. §. 105, Note k. — Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 204, 368, 369. — Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen, Th. 2, Nr. 15. — Brinkmann, wiſſenſchaftlich-praktiſche Rechtskunde, Bd. 1 (Schleswig 1831), Nr. 44.

wollen Manche die Bezeichnung: gelehrter Eid, erklären[81]), während man dieſen Ausdruck wohl richtiger auf das Nachſprechen einer vorgeſagten Eidesformel bezieht[82]). Ein ſolcher Eid heißt auch ein geſtabter (iuramentum verbis conceptis)[83]), ſei es von Stab (d. i. Eidesformel, Buchſtabe) oder der Berührung eines Stabes beim Schwören[84]). Er wurde mit Mund und Hand geleiſtet, denn das perſönliche mündliche Schwören iſt das regelmäßige. Bei Stummen, Kranken, Abweſenden, bei hohen Perſonen genügt auch ein ſchriftlicher Eid[85]), ſo wie bei nicht feierlichen Eiden ein Specialbevollmächtigter in animam mandantis ſchwören kann[86]). Sonſt genügt die Leiſtung des Eides durch einen Procurator 1) bei jedem iuramentum calumniae (ſ. Citate in Anm. 86), 2) bei der Einwilligung der anderen Partei[87]), 3) bei beſonders privilegirten Perſonen[88]). Dieß kann insbeſondere auch nöthig werden, wenn eine Corporation u. ſ. w. ſchwören ſoll. Sonſt leiſten die Vorſteher, Gemeindeälteſten oder einige von der Partei vorgeſchlagene Mitglieder, und nur den Umſtänden nach alle Glieder den Eid[89]). Den Staat oder Fiscus vertritt der Fiscal[90]).

Arten des Eides.

Jeder Eid enthält eine beſonders verſtärkte Ausſage oder Zuſage, und darnach iſt er Verſicherungseid, Betheurungseid (iuramentum assertorium), oder Verpflichtungseid (iur. promissorium). Den Umſtänden nach kann ein und derſelbe Eid in die eine oder andere Kategorie fallen (wie beim Zeugeneide), und beide Beziehungen können auch mit einander verbunden werden (wie beim Armeneide). Mit Rückſicht auf die Form unterſcheidet ſich der feierliche vom unfeierlichen (iuram. solenne und minus sol.), der gerichtliche vom außergerichtlichen (iuram. iudiciale, extraiudiciale) Eide. Nach dem Gegenſtande wird der Eid prozeſſualiſcher und außer dem Prozeſſe abgelegter, nach dem Rechtsgrunde freiwilliger und nothwendiger u. ſ. w. Speciellere Eintheilungen ſind bei der Betrachtung der einzelnen Eide ſelbſt zu erwähnen.

---

81) Walch, Gloſſarium zur Carolina, s. v. gelehrt.

82) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, §. 422.

83) Gellius, lib. VII. cap. 5.

84) Die erſte Erklärung bei Reyſcher, Symbolik, S. 25, die andere bei Grimm, Rechtsalterth., S. 902. Vergl. auch Spangenberg, Beiträge zur Kunde der teutſchen Rechtsalterth. (Hann. 1824, 4.), S. 21, N. 4, S. 26 flg.

85) S. öſterreich. Ger.-Ordn., §. 223, 227. Helfert a. a. O. §. 105, Note p—r. — Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 203, Nr. 6, §. 227; Nr. 3, 4, §. 315. Vergl. allg. Landrecht, Th. 2, Tit. 20, §. 1419; Crim.-Ordn. §. 335, N. 1, 5.

86) C. 47. X. de testibus. (2. 20.) C. 4. X. de sententia excommunicat. (5. 39.) — C. 6. 7. X. de iuram. calumniae. (2. 7.) C. 3. eod. in VI. (2. 4.)

87) Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 314.

88) S. Reichsabſch. von 1521, Tit. 7, §. 10.

89) Allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 267 flg. Vergl. für Sachſen Hoepfner, meditat. ad ius iudiciar. (Lips. 1838.) fasc. I. n. 4; für Bayern Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung, 1838, S. 49—58.

90) S. Seuffert u. Glück, Blätter für Rechtsanwendung, zunächſt in Bayern, Jahrg. 1837, S. 98 flg.

1) Der Verpflichtungseid.

Der promiſſoriſche Eid dient zur Verſtärkung der Erfüllung eines Verſprechens, und iſt gewiſſermaßen ein einer Perſon gethanes Gelübde (daher: voveo et iuro). Hierbei iſt aber eine doppelte Auffaſſung mög=lich, je nachdem man den Eid als ein Acceſſorium einer ſchon beſtehenden Verpflichtung, oder als principal eine Verpflichtung erzeugend betrachtet. Im erſten Falle wird alſo das Rechtsverhältniß, auf welches ſich der Eid bezieht, nicht umgeſtaltet, ſondern es erhält die Obligation nur erhöhte Motive zur Solution. Dieß ſpricht das römiſche Recht beſtimmt aus: **Generaliter, quotiens pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet... nec iusiurandum de hoc ad actum servandum** [91]). Davon erkennt es aber folgende Ausnahmen an, in denen wirklich die Natur des obligatoriſchen Nexus ſelbſt verändert und eine neue Verbindlichkeit erzeugt wird, nämlich 1) beim Vertrage zwiſchen dem Herrn und Sclaven über Dienſte, welche der letztere noch nach der Manumiſſion zu leiſten ſich eidlich verpflichtet [92]); 2) wenn ein Minor bei der Veräußerung einer Sache eidlich verſichert, er wolle nach erlangter Groß=jährigkeit den Erwerb des Käufers nicht verhindern [93]). Dagegen ſoll nach canoniſchem Rechte ein Eid, der freiwillig, ohne Gewalt oder Betrug ge=leiſtet worden (**sponte, sine vi ac dolo praestitum**), ganz allgemein den Effect haben, einem Rechtsgeſchäfte, das an ſich nicht Sittlichkeit, wohlerworbene Rechte u. ſ. w. verletzt (**cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum**), wenn es auch ſonſt ungiltig wäre, Giltigkeit zu verſchaffen [94]).

Das canoniſche Recht enthält hierüber folgende Fälle: 1) die eidliche Interceſſion obligirt ein Frauenzimmer [95]); 2) der eidlich beſtärkte Con=ſens einer Frau zur Veräußerung ihres Dotalgutes iſt bindend [96]); 3) der eidliche Verzicht auf eine künftige Erbſchaft iſt giltig [97]). Dazu kommt

---

91) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.) C. 5. §. 1. C. de legibus. (1. 14.) Nov. 51. pr.

92) S. Epitome Caii lib. II. tit. IX. §. 4 (fehlt im ächten Cajus, und würde hinter lib. III. §. 94. zu erwarten geweſen ſein). L. 7. pr. §. 1. D. de operis libertorum. (38. 1.) L. 36. D. de manumiss. testam. (40. 4.)

93) C. 1. C. si adversus venditionem (2. 28.), verb. Auth. Sacramenta puberum. eod. S. Anm. 98.

94) C. 28. X. de iureiurando. (2. 24.) C. 2. de pactis in VI. (1. 18.) Für dieſe Allgemeinheit des canon. Princips iſt Thibaut, Theorie der logi=ſchen Auslegung, S. 61, 62; Lehrbuch der Pandekten, §. 114, und mit vielen Anderen Franc. Jac. Müller, de iureiurando canonico speciatim promissorio (Bonn, 1831, 8.), p. 32 sq. Lyncker, über die rechtliche Möglichkeit einem verbietenden Geſetze eidlich zu entſagen. Leipzig 1835, 8. Dagegen Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 120—123. Mühlenbruch, doctrina Pandectar. vol. I. §. 150. not. 5.

95) C. 9. X. de iureiurando (2. 24.) (Alexander III. a. 1180) — gegen Dig. XII. 1.

96) C. 28. X. h. t. (2. 24.) (Innocent. III. a. 1206). C. 2. h. t. in VI. (2. 11.) (Bonifac. VIII. a. 1298). — Gegen c. un. §. 15. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.)

97) C. 2. de pactis in VI. (1. 18.) (Bonifac. VIII. a. 1299), gegen c. 4. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

der ſchon dem römiſchen Rechte bekannte Fall (ſ. Anm. 93) des Verzichtes des Minor auf Reſtitution nach erlangter maior aetas.

Bis zur Mitte des zwölften Jahrhunderts gab es über die wichtige, hier in Betracht kommende Frage keine entſchiedene Praxis; denn Bulgarus und Martinus ſtritten darüber, wie die Stelle des römiſchen Rechtes (Anm. 93) zu verſtehen ſei, ob ein ipso iure giltiges Geſchäft, das durch Reſtitution angefochten werden ſolle, oder auch ein an ſich richtiges Geſchäft durch den Eid aufrecht erhalten würde. Kaiſer Friedrich I. entſchied zu Gunſten des Martinus, des Vertheidigers der letzteren Anſicht[98]). Dieſe ſelbſt hängt aber mit kirchlichen Grundſätzen über die Bedeutung des Eides zuſammen, und ward nun in den Entſcheidungen des römiſchen Hofes angewendet und erweitert (c. 28. X. h. t.), fand jedoch Widerſpruch in den weltlichen Gerichten, welche durch Androhung von Strafen zur Befolgung angehalten wurden (c. 2. h. t. in VI.). Selbſt hierauf war man noch nicht einig, und es ſoll ſogar Kaiſer Heinrich VII. die Authentica: Sacramenta puberum, aufzuheben beabſichtigt haben[99]). Man ſtritt nun theils darüber, ob der Grundſatz auch außer den obigen Fällen anwendbar ſei und dann, wie das Princip ſelbſt, wenn man dieß zugeſtände, zu limitiren ſein würde. Eine überwiegende Praxis war für die Ausdehnung (ſ. Anm. 94), für welche man ſich auch auf einige andere Decretalen berufen kann, deren Deutung freilich nicht unzweifelhaft iſt. So wegen der Entrichtung von Zinſen[100]), der lex commissoria[101]). Das Princip des canoniſchen Rechtes ſelbſt iſt: Jeder Eid bindet, wenn nicht die oben (Anm. 94) erwähnten Gründe entgegenſtehen. Dieß hat man aber verſchieden gedeutet, nämlich ſo, daß bei Geſchäften, die um des gemeinen Beſten willen abſolut verboten ſind, der Eid wirkungslos bleibe, während die zu Gunſten des Schwörenden eingegangenen an ſich ungiltigen Geſchäfte durch den Eid tanquam ex nova causa giltig werden. Dagegen will man vielmehr unterſcheiden, ob es vom freien Willen des Schwörenden abhängt, die Handlung, welcher er durch den Eid entſagt, zu unterlaſſen oder nicht; denn im erſten Falle muß er die Handlung unterlaſſen, damit der Eid unverletzt bleibe und ſein Gewiſſen nicht beſchwert werde. Vermöge des Grundſatzes: omne iuramentum servan-

---

98) Es erſchien wohl ein eigenes Geſetz des Kaiſers, das in II. f. 53. §. 3, und als Auth. sacramenta puberum, in den Codex nach der c. 1. C. cit. (2. 28.) überging. Man ſ. über die Geſchichte dieſer Authentica v. Savigny, Geſchichte des röm. Rechtes im Mittelalter, Bd. 4, S. 162 flg.

99) Albericus de Rosate in Authent. cit. (v. Savigny a. a. O. S. 170, Anm. 201), der zugleich berichtet, daß das Geſetz in Bergamo nicht befolgt wäre.

100) S. c. 1. 6. 20. X. h. t. (2. 24.) Vergl. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien, Bd. 1, S. 79, 80, gegen J. H. Böhmer, ad c. 20. X. cit. und ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 24. S. auch Eichhorn, Bd. 2, S. 537, Anm. 4.

101) C. 7. X. de pignoribus. (3. 21.) Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 649, Note *. Geſterding a. a. O. S. 78, 79. Dagegen J. H. Böhmer, ad cap. 7. X. cit., vergl. aber mit ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 25. Glück, Commentar zu den Pandekten, Bd. 14, S. 93—95.

dum, quod salva salute aeterna servari potest, bindet jeder an ſich giltige Eid, mit Ausnahme desjenigen, welcher den Schwörenden zu einer ihm unerlaubten Handlung oder Unterlaſſung verpflichtet, mithin von ihm nicht erfüllt werden kann, ohne, nach der Anſicht des canoniſchen Rechtes, ſein Seelenheil zu gefährden[102].

Wie man auch das wirklich allgemeinere canoniſche Princip erklären möge, ſo ſind doch die Folgen des Eides möglichſt nach der Natur des accessorium, als welches der Eid ſonſt im Verhältniſſe zum Geſchäfte praktiſch erſcheint, zu erklären. Der Eid iſt daher ſtreng zu interpretiren und nicht über den Inhalt des Vertrages auszudehnen[103]. Die ſtillſchweigend geſetzte Bedingungen werden durch den Eid nicht aufgehoben[104], um ſo weniger die ausdrücklich hinzugefügten[105]. Mit der Hauptobligation muß daher auch der Eid ſelbſt zugleich wegfallen[106].

Nur das eidliche Verſprechen kann wirklich erfüllt werden, das nicht abſolut unſtatthaft iſt (ſ. oben). Die Unſtatthaftigkeit[107] bezieht ſich aber nur auf das Object, nicht auf den Eid an ſich, der heilig zu halten iſt. Iſt dennoch ein Widerſpruch zwiſchen dem Objecte und Eide, ſo bedarf es einer Ausgleichung. Das Urtheil hierüber ſteht nach canoniſchem Rechte der Kirche zu. Iſt ein Eid daher aus Zwang, Irrthum u. ſ. w. geleiſtet, ſo wird der Verpflichtete abſolvirt (relaxatio iuramenti)[108]. Hat dagegen Jemand freiwillig einen Eid geleiſtet, der aus moraliſchen oder geſetzlichen Gründen nicht erfüllt werden kann, ſo hat die Kirche deßhalb ihre Erklärung (interpretatio) abzugeben[109], und eine den Umſtänden nach wegen des Leichtſinnes u. ſ. w. entſprechende Buße aufzulegen[110]. Im Allgemeinen entbindet der Biſchof den Verpflichteten, in ſchwierigeren Fällen iſt aber der Pabſt zu Rathe zu ziehen[111].

Jetzt iſt die Löſung von der Pflicht aus unſtatthaften Eiden als reine Gewiſſensſache dem geiſtlichen Richter überwieſen, ſonſt aber über-

---

102) Geſterding a. a. O. S. 75, 76.

103) C. 35. X. h. t. (2. 24.)

104) C. 14. §. 2. Can. XXII. qu. II. — C. 13. X. de clericis non residentib. (3. 4.) C. 75. de R. J. in VI., verb. c. 28. X. de simonia (5. 3.) u. a.

105) C. 3. 25. 29. §. 1. X. h. t. (2. 24.) C. 3. X. de conditionibus appositis. (4. 5.) Beſonders übliche Bedingungen ſind die: si potero (c. 18. X. c. 1. in VI. h. t.), salvo iure et auctoritate superioris (c. 19. 22. X. h. t.), si non is sponte remiserit, in cuius favorem iuratum (c. 12. X. de foro competenti (2. 2.)), si res in eodem statu permanserint (c. 25. X. h. t.) u. a. m.

106) C. 2. X. de sponsalibus. (4. 1.)

107) Göſchel a. a. O. S. 176.

108) C. 2. 8. 15. X. h. t. (2. 24.)

109) C. 18. X. h. t. (2. 24.)

110) C. 12. §. 1. X. h. t. (2. 24.)

111) S. die Beiſpiel in c. 1. 2. 8. 15. X. h. t. Vergl. Gonzalez Tellez, ad c. 34. X. de electione (1. 6.) nr. 18. Lippert, in den Annalen des Kirchenrechtes, H. 3, S. 69 flg.

haupt in Angelegenheiten, bei denen der Eid concurrirt, der ordentliche weltliche Richter competent, welchem dann auch in den evangeliſchen Ländern die Vorentſcheidung darüber zugewieſen worden, da die Entbindung ſelbſt dem Inhaber der Kirchengewalt zugeſprochen iſt[112]).

Was aber das canoniſche Princip ſelbſt betrifft, ſo iſt in neueren Geſetzgebungen daſſelbe nicht feſtgehalten. Das preußiſche Recht erklärt ausdrücklich: durch eidliche Beſtärkung erhält kein Vertrag mehr Kraft, als ihm die Geſetze ſchon an ſich beilegen[113]). Außergerichtliche Verſprechungseide ſind außerdem noch bei Strafe verboten[114]). Daſſelbe iſt durch Geſetz von 1821 in Hannover beſtimmt worden[115]). Das franzöſiſche Recht gedenkt des promiſſoriſchen Eides gar nicht, und hebt daher die Kraft deſſelben ganz auf[116]).

Der Verpflichtungseid bleibt hiernach überhaupt nur da von Bedeutung, wo eine beſondere Solennität erforderlich ſcheint, wie bei verſchiedenen Amtseiden, beim Lehn=, Unterthaneneide u. dergl.[117]), oder wo wirklich eine nova causa obligationis bewirkt werden ſoll, in welchem Falle aber wohl zweckmäßiger eine gerichtliche Unterſuchung und Beſtätigung eintritt. Es iſt eine derartige Anordnung um ſo wünſchenswerther, als die Einheit der teutſchen Praxis dabei gewinnen würde, welche jetzt ſelbſt bei gewöhnlichen und häufig vorkommenden Fällen noch nicht vorhanden iſt[118]).

---

112) S. z. B. ſächſ. Conſtitut. vom 21. April 1572 (Codex August. T. I. S. 83). Vergl. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXIV. §. 53.

113) Allg. L.=R., Th. 1, Tit. 5, §. 199; vergl. §. 35 eod., Th. 2, Tit. 20, §. 1425; Th. 1, Th. 11, §. 1162; Th. 1, Tit. 16, §. 373.

114) Allg. L.=R., Th. 2, Tit. 20, §. 1426. Allg. Ger.=Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 248.

115) Geſetz vom 28. Dec. 1821 (Geſetzſamml. 1822, Abth. 1, S. 43).

116) Auch in England ſind durch Geſetz vom 9. Sept. 1835 viele promiſſoriſche Eide abgeſchafft worden (ſ. kritiſche Zeitſchr. für Rechtswiſſenſchaft des Auslandes, 1836, Bd. 8, H. 3, S. 487).

117) Eidliche Verpflichtung der Haus= und Wirthſchaftsbeamten durch Gutsbeſitzer iſt hiernach zu mißbilligen, und auch particularrechtlich ausdrücklich unterſagt. M. ſ. wegen Preußen Bornemann, ſyſtemat. Darſtellung des preuß. Civilrechtes, Bd. 2, S. 525 flg.

118) M. vergl. z. B. die Widerſprüche in einem Gutachten der heidelberg. juriſt. Facultät (bei Lyncker [Anm. 94] S. 24 flg.), einem Erkenntniſſe der göttinger juriſt. Facultät (in Elvers' Themis, Bd. 1, H. 1, S. 154, Nr. 39), und bei Kattenhorn, über die Interceſſion der Frauen nach römiſchem Rechte (Gießen 1840, 8.), S. 202, 203. Während der Letztere äußert: „In Gemäßheit des canoniſchen Rechtes erklärt der Gerichtsgebrauch die mit einem Eide beſtärkte Interceſſion für giltig, wenn auch die Frau über ihre Rechtswohlthaten nicht belehrt iſt, noch denſelben entſagt hat, auch wenn dieſe in keinem öffentlichen Inſtrumente geſchehen iſt,“ heißt es in dem erwähnten göttinger Erkenntniſſe von 1826: „Selbſt die eidliche Entſagung einer Frau auf die beneficia senatuscons. Velleiani kann nur dann von Wirkſamkeit ſein, wenn eine gehörige Erklärung der Beſchaffenheit der Schuld, der Rechtswohlthat und der Folgen der Entſagung vorausgegangen iſt, welches Alles von demjenigen bewieſen werden muß, der ſich auf die Entſagung der Frau beruft.“

2) Der Verſicherungseid.

Eine praktiſch viel höhere Bedeutung, als der promiſſoriſche, hat der aſſertoriſche Eid, welcher in der Abſicht geleiſtet wird, eine gethane Ausſage zu bekräftigen. Der Inhalt dieſer Ausſage bezieht ſich auf die behauptete Wahrheit und Wirklichkeit einer Thatſache, und der Eid iſt daher iuramentum veritatis, gleichviel ob das poſitive Wiſſen oder Nichtwiſſen ausgeſprochen wird (iuramentum scientiae und ignorantiae). In der Mitte zwiſchen Beidem liegt der Zweifel, das Dafürhalten, und bei der eidlichen Erklärung darüber entſteht der ſogen. Glaubenseid (iuramentum credulitatis)[119]. Dieſen haben manche Schriftſteller ſchlechthin verwerfen wollen, da der Eid „nur auf Facta, nicht auf Ueberzeugungen gerichtet ſein darf"[120]. Indeſſen kann unter Umſtänden ein ſolcher Eid von Einfluß ſein, um Präſumtionen zu begründen, oder auch weil der Gegner bei einer ſolchen Erkläung zufrieden geſtellt wird. Daher laſſen Andere einen ſolchen Eid zu, beſchränken ihn aber auf die freiwillige, von den Parteien ausgehende, nicht durch den Richter erfolgte Auferlegung[121]. Die Praxis iſt nicht einig[122]. Auf dem Princip des iuram. credulitatis beruht übrigens der Echtheitseid beim Inſtitute der Conſacramentalen; denn die Eideshelfer ſchwuren nicht, daß eine That wahr ſei, ſondern daß der, dem ſie halfen, einen echten Eid ablege[123]. Auch wird bei Vernehmung mancher Zeugen (testes de auditu) der Glaubenseid oft hinreichn müſſen[124].

Der aſſertoriſche Eid iſt gerichtlicher oer außergerichtlicher. Der letztere iſt immer ein ſolcher, den ein Thil dem anderen freiwillig anträgt (iuramentum delatum voluntarium), während der erſtere auch vom Richter einer Parte auferlegt werden kann (iuramentum iniunctum, necessarium) (ſ. Anm. 139). Wichtig wird der Eid beſonders im Prozeſſe. Inſofern er zur Entſcheidung der Sache ſelbſt oder zur Fixirung des Objectes weſentlich dient, wird er Haupteid (iuramentum principale), im Gegenſatze des Nebeneides (iur. minus principale)[125]. Wir betrachten jetzt die einzelnen Eide ſelbſt, und zwar zunächſt die gerichtlichen in Civil- und Criminalſachen, dann die außergerichtlichen. Bei den gerichtlichen Eiden in Civilſachen legen wir die Eintheilung in Haupt- und Nebeneide zu Grunde.

---

119) Der Sprachgebrauch iſt nicht conſtant. In der allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 139, wird der ſonſt ſtets als iuramentum de ignorantia bezeichnete Eid iuram. de credulitate genannt.

120) Mühlenbruch, Entwurf des gemeinrechtl. und preuß. Civilprozeſſes, §. 430, S. 193.

121) Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 1154. Linde, Lehrbuch des Civilprozeſſes, §. 301, Anm. 4.

122) So iſt in Preußen erkannt worden, daß über Muthmaßungen ein Eid nicht zugeſchoben werden dürfe (ſ. Simon und v. Strampff, Rechtsſprüche der preuß. Gerichtshöfe, Bd. 3 (Berlin 1834, 8.), Nr. 23 S. 242 flg.

123) Grimm, Rechtsalterthümer, S. 893. S. 609 Anm. 273.

124) S. z. B. c. 47. X. de testibus. (2. 20.)

125) Ueber dieſe Eintheilungen ſ. m. Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, §. 1153; Martin, Lehrbuch des bürgerl. Prozeſſes, §. 129.

A. Gerichtliche Eide in Civilſachen.

I. Haupteide.

Unmittelbar auf die Entſcheidung einer Sache beziehen ſich der angetragene, der auferlegte und der Schätzungseid.

a) **Iuramentum delatum** (Haupt-, Schiedseid)[126]).

Die Römer bedienten ſich von jeher des Eides in einem weiten Umfange, indem ſie in Streitfällen vom Gegner die feierliche Erklärung begehrten, daß in dem vorliegenden Verhältniſſe das Recht auf ſeiner Seite ſei. Dieſes Antragen des Eides konnte beſonders erfolgen, um einem Prozeſſe vorzubeugen, und da Alles hierbei von dem freien Vereine der Betheiligten abhing, ſo war der Act ein außergerichtlicher[127]) und, wenn die Vereinigung zu Stande kam, als ein wahrer Vergleich zu betrachten[128]). Die Wirkung iſt nun, daß wenn der Eid ein klagbares Recht anerkennt, nicht nur die frühere[129]), ſondern auch eine neue auf den Eid gegründete Klage, eine actio iurisiurandi in factum, zur Geltendmachung des Rechtes entſteht[130]). Wird dagegen durch den Eid ein Recht negirt, ſo entſteht eine exceptio iurisiurandi, mit welcher der Gegner zurückgewieſen werden kann[131]). Der Eid tritt hier in die Stelle des richterlichen Urtheiles[132]), und die aus demſelben hervorgehende actio und exceptio iurisiurandi iſt daher gleich der actio und exceptio rei iudicatae. Im Erfolge iſt der Eid aber ſelbſt wirkſamer, als ein Urtheil[133]), da, wenn einmal die erfolgte Eidesleiſtung feſtſteht, eine weitere gerichtliche Inſtanz nicht vorkommen kann. Der Antrag des Eides und die Annahme deſſelben liegt aber ganz im Willen der Intereſſenten, ſo daß die Verweigerung die Vereinbarung verhindert[134]).

Ob jetzt noch der außergerichtliche, deferirte Eid praktiſch ſei, iſt beſtritten[135]). Die Zuläſſigkeit ſcheint, wo ſie nicht ausdrücklich in Territorialrechten verboten iſt[136]), doch wohl behauptet werden zu können.

---

126) S. Paullus, snt. rec. lib. II. tit. I. §. 14. Vgl. oben Anm. 1. Thibaut a. a. O. §. 933 Theobald Rizy, der Beweis durch den Haupteid im öſterreich. Civilprozeſſe. Wien 1837, 8.

127) §. 11. J. de actionibus. (6. 6.) L. 17. pr. (extra iudicium). L. 26. §. 2. (ex conventione). L. 28. §. 10. D. de iureiur. (2. 12.)

128) M. Zick, utrum iusiurandum apud Romanos pro specie transactionis habita sit. Altdorf 1804. Vergl. L. 2. 27. 28. §. 1. 40. D. h. t. (12. 2.): Iusiurandum loco solutionis cedit.

129) Wie Thibaut, a. a. O. §. 933, behauptet.

130) L. 9. §. 1. D. h. t. (12. 2.): Actor actionem adquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit etc. Vgl. §. 11. J. de actionibus. (4. 6.)

131) L. 9. pr. L. 23. §. 4. 6. 7. D. h. t. (12. 2.) Durch den Eid wird nämlich die obligatio civilis nicht zerſtört, und daher nur eine exceptio für den Beklagten begründet.

132) Instar iudicii. S. L. 26. §. 2. D. h. t. (12. 2.)

133) L. 2. D. h. t. (12. 2.): Iusiurandum maiorem habet auctoritatem, quam res iudicata.

134) L. 5. §. 4. D. h. t. (12. 2.)

135) S. Linde, Lehrbuch des Prozeſſes, §. 6, Anm. 9.

136) Iſt dieß in Preußen der Fall? Das Geſetz verbietet nur außergerichtliche promiſſoriſche Eide (ſ. oben Anm. 114). Da aber der Eid überhaupt einem Vertrage nicht mehr Kraft geben ſoll, als er an ſich hat, ſo könnte man wohl das Verbot behaupten.

So wie durch Anwendung des Eides ohne förmliches Gerichtsverfahren transigirt wurde, konnte der Eid auch im Prozeſſe ſtatt der ſonſtigen Beweismittel gebraucht werden. Auch hier iſt ein Transact vorhanden [137]), und es entſcheidet die Einwilligung der Parteien. Da aber die Sache einmal gerichtlich anhängig geworden, ſo kann nicht, wenn einmal der Eid angetragen iſt, der Gegner willkürlich ohne weitere Folgen die Leiſtung verſagen, ſondern der Richter nöthigt ihn, zu ſchwören, oder dem anderen Theile den Eid zuzuſchieben, oder den Prozeß zu verlieren (eum, a quo iusiurandum petitur, solvere aut iurare cogam [138])). Dieſer im Gerichte zugeſchobene Eid heißt daher iusiurandum necessarium, während der außergerichtliche voluntarium genannt wird; doch haben die neueren Schriftſteller einen abweichenden Sprachgebrauch [139]).

So lange der römiſche Prozeß noch in ius vor dem Magiſtratus und iudicium vor den Privatrichtern zerfiel, konnte der Eid in einem oder beiden Stadien des Verfahrens gebraucht werden. War er in iure angewendet, ſo kam es in der Regel nicht weiter zum Judicium [140]), und dieſes wurde nur nöthig, wenn das Object noch zu ermitteln war und auf Execution geklagt werden konnte. Die Formel des Prätors bezog ſich dann aber auch nur auf das Object, denn ein Beweis in der Sache war nicht mehr erforderlich. — Kam es zum Eide in iudicio, ſo gründete der Richter auf den Eid ein förmliches Urtheil, den Umſtänden nach den Beklagten condemnirend oder abſolvirend [141]). Nachdem die extraordinaria cognitio zur Regel erhoben, und der ganze Prozeß vor dem Magiſtratus geführt wurde, folgte ſtets auf den Eid, in welchem Momente derſelbe auch deferirt war, eine förmliche Sentenz.

In den Quellen des canoniſchen Rechtes finden ſich über das iuramentum delatum keine ſpeciellen Beſtimmungen [142]), und ſo ſind die des römiſchen Rechtes in Teutſchland durch Uebertragung auf die Fälle, in denen der Eid der Partei ohne Eideshelfer (sola manus) genügte, zur Anwendung gebracht, und durch die Praxis und Particularrechte näher beſtimmt worden. In wie weit aber überhaupt noch das römiſche Recht hierbei befolgt werden könne, iſt beſtritten. Es ergeben ſich indeſſen die richtigen Grundſätze, wenn man erwägt, daß der Eid ſowohl Transact, als Beweismittel ſei, und der eine Geſichtspunkt den anderen nicht ausſchließt [143]).

Da der deferirte Eid als Transact erſcheint, ſo ſind die ſubjectiven und objectiven Requiſite darnach abzumeſſen. Deferiren kann nur

137) S. Anm. 128 cit. Vergl. L. 21. D. de dolo malo. (4. 3.)

138) Worte des prätoriſchen Edictes. L. 34. §. 6. D. h. t. (12. 2.), verb. c. 9. C. h. t. (4. 1.)

139) In der Ueberſchrift des Titels der Pandekten, XII. 2, ſcheint iudiciale und necessarium gleiche Bedeutung zu haben.

140) S. L. 7. 9. pr. D. h. t. (12. 2.)

141) L. 34. §. ult. D. h. t. (12. 2.) Vergl. L. 25. §. 3. D. de probationibus. (22. 3.)

142) Erwähnung geſchieht deſſelben in c. 36. X. de iureiurando. (2. 24.)

143) S. Linde, Lehrbuch des Prozeſſes, §. 302.

derjenige, welcher an ſich dispoſitionsfähig iſt, oder den nöthigen Conſens hat, und über das vorliegende Object insbeſondere zu verfügen ein Recht hat [144]). Insbeſondre bedürfen Perſonen, welche alieno nomine einen Eid antragen, der Genehmigung ihres Auftraggebers. So brauchen Vormünder die Erlaubniß der obervormundſchaftlichen Behörde, der procurator specialis (ad litem) hat ein mandatum speciale dazu nöthig, und dem procurator generalis (omnium bonorum) muß in ſeinem Mandate die Vollmacht zur Delation mitgegeben ſein [145]). Deferirt werden kann der Eid ebenfalls nur dem, mit welchem man transigiren kann, alſo dem Gegner im Prozeſſe und deſſen Repräſentanten [146]). Zuläſſig iſt die Delation über alle Objecte, über welche transigirt werden kann. Ausgeſchloſſen ſind daher die Gegenſtände, bei denen nicht eine causa pecuniaria, ſondern eine causa publica in Betracht kommt [147]). Auf den bei einem Verbrechen zur Sprache kommenden Schadenerſatz kann verzichtet werden; daher iſt auch Eidesdelation darüber ſtatthaft [148]). Bei einer quaestio status iſt die Delation wegen der öffentlichen Beziehung nur beſchränkt zuläſſig [149]).

Wenn hiernach die Rückſicht auf die Natur des Transactes überhaupt entſcheidet, ſo wird dieſelbe doch dadurch modificirt, daß der Eid zugleich eine höhere Bedeutung hat (ſ. oben), daher der Wille der Parteien nicht mehr in einem ſolchen Umfange Platz greift, als das römiſche Recht geſtattet, und es Sache des Richters iſt, dem Mißbrauche des Eides zu begegnen. Sodann entſcheidet aber auch der Geſichtspunkt, daß der Eid zugleich als Beweismittel betrachtet werden muß.

Ob der Eid überhaupt Beweismittel ſei, iſt beſtritten worden [150]). Bei der Delation des Eides und der darauf erfolgten Leiſtung oder Nichtleiſtung fällt der eigentliche Beweis weg, und es iſt ſomit die Eidesdelation ein Surrogat für den Beweis. Eben darum aber, weil das Reſultat ein gleiches iſt [151]), kann man dem Eide die Bedeutung des Beweismittels nicht entziehen, und muß auch die ſonſt für den Beweis entſcheidenden Principien [152]) hier feſthalten. Daher kann der Eid nur

---

144) S. oben Anm. 31 flg.

145) L. 17. §. 1—3. L. 18. 19. 34. §. 1. 35. pr. D. h. t. (12. 2.) C. 4. de procuratoribus in VI. (1. 19.) Vergl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 256—259, 284.

146) S. oben Anm. 31 flg. Vergl. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 260—283.

147) S. oben Anm. 47 flg. Dazu ſ. m. L. 3. §. 1. D. h. t. (12. 2.) Paullus, sent. rec. lib. II. tit. I. §. 1. C. ult. C. de probationibus. (4. 19.) S. unten Anm. 261 flg.

148) Martin, Lehrbuch des Prozeſſes, §. 224, Note n. Linde, Lehrbuch, §. 302, Anm. 11.

149) S. L. 3. §. 2. 3. D. h. t. (12. 2.) C. 6. C. h. t. (4. 1.) — Wegen der Eheſachen vergl. oben Anm. 49, 50.

150) S. Mühlenbruch, Entwurf des Civilprozeſſes, §. 348.

151) Quasi satis probatum iureiurando oder atque si probatum esset. L. 5. §. 2. L. 11. §. 3. D. h. t. (12. 2.)

152) S. den Art. Beweis von Jordan, in Bd. 2, S. 108 flg.

über ſolche Punkte deferirt werden, welche für den Prozeß erheblich, rechtlich ungewiß ſind und ſich auf beſtimmte Thatſachen beziehen. Je nachdem dies facta propria oder aliena ſind, wird das iuramentum de veritate, und zwar scientiae, oder ignorantiae und de credulitate auferlegt werden können[153]). In welchen Fällen der eine oder der andere Eid aber überhaupt gefordert werden kann, müſſen die Umſtände ergeben und die Geſetze näher beſtimmen. So verordnet das öſterreichiſche Recht[154]): demjenigen, der in eigenem Namen Prozeſſe führt, kann der Haupteid ſowohl über eigene, als über fremde Handlungen aufgetragen werden, dem, der für einen Dritten einen Prozeß führt, nur über eigene Handlungen.

Was nun die Beweisführung[155]) ſelbſt betrifft, ſo beſteht a) die Beweisantretung in dem Antrage des Eides von Seiten des Beweisführers (Deferenten) an den Gegner (Delat), damit dieſer die Unwahrheit deſſen beſchwöre, was jener ſonſt auf andere Art zu erweiſen haben würde. Dieß geſchieht nach gemeinem Prozeſſe in der Beweisfriſt. Das zu beſchwörende Thema wird im Antrage bezeichnet mit der Bitte, dem Gegner den Eid aufzuerlegen. Der Richter prüft die Zuläſſigkeit, die aber nicht eine blos ſubſidiäre iſt[156]), und decretirt den Umſtänden gemäß. Particularrechtlich ſoll ſchon in der Klagſchrift auf den Eid eventualiter angetragen werden[157]); doch wird darauf in der Praxis nicht gehalten. — Nimmt der Deferent den einmal angetragenen Eid zurück, ſo kann er ſich dieſes Beweismittels in dieſem Prozeſſe nicht mehr bedienen[158]). b) Dem Delaten wird nun der Antrag zu ſeiner Erklärung mitgetheilt. Er hat zu beſtimmen, ob er den Eid annehmen oder zurückſchieben, oder ſein Gewiſſen mit Beweis zu vertreten ſuchen wolle. Erklärt er ſich gar nicht, ſo wird ſein Schweigen für Anerkenntniß des gegentheiligen Rechtes angenommen, und er verliert den Prozeß; denn manifestae turpitudinis ac confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre[159]). Entſchließt er ſich aber 1) zur Annahme

---

153) S. oben Anm. 119 flg. Vergl. Linde a. a. O. §. 302, Anm. 12 flg.

154) Allg. Ger.-Ordn. §. 207.

155) Martin a. a. O. §. 225—231. Linde a. a. O. §. 303—312.

156) S. Martin, §. 186, Note f. Linde, §. 303, Anm. 4. 5. Vgl. Günther, quando iurisiurandi delatio subsidiariae probationis naturam induere videatur. Lipsiae 1833, 4. Allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 253.

157) So nach ſächſiſchem und preußiſchem Prozeſſe. Vgl. über die eventuelle Eidesdelation von v. d. Hagen und Piners, in Ulrich, Sommer und Böhle, neues Archiv des gem. und preuß. Rechtes, 1837, Bd. 4, H. 3, Nr. 25; 1838, Bd. 5, H. 3, Nr. 38.

158) C. 11. C. h. t. (4. 1.) Vergl. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 298—303.

159) L. 34. §. 6. 7. 9. L. 38. D. h. t. (12. 2.) C. 9. C. h. t. (4. 1.) S. Haubold, diss. de poena iurare nolentium. Lipsiae 1828, 4. — Die öſterreich. Ger.-Ordn., §. 209, nimmt an, daß der, dem der Eid anzunehmen oder zurückzuſchieben auferlegt iſt, durch ſein Schweigen zu erkennen gebe, daß er den Eid zurückſchiebe; vergl. aber auch §. 224.

des Eides, was mündlich zu Protokoll oder ſchriftlich geſchehen kann, ſo ſetzt der Richter nach Normirung der Eidesformel (ſ. oben) einen Termin an, in welchem der Delat nach den üblichen Gebräuchen den Eid ſelbſt leiſtet. Zuvor kann er aber vom Deferenten ein iuramentum de calumnia (ſ. unten) fordern [160]. Die Wirkung iſt nun res iudicata (ſ. oben), welche jedoch durch den Beweis des Meineides wieder aufgehoben werden kann [161]. — Dieſe Wirkung tritt auch ein, wenn der Deferent den Eid erläßt [162], oder der Delat vor der Ableiſtung des acceptirten Eides ſtirbt [163], oder auch, wenn der Deferent das iuramentum calumniae nicht ſchwören will [164]. — Im Schwörungstermine wird über den Act ein Protokoll aufgenommen, und auf Verlangen den Parteien in Abſchrift mitgetheilt. Zugleich wird ſchon vor dem Schwur den Betheiligten eröffnet, was aus der Annahme oder Nichtannahme des Eides für die Sache ſelbſt folge, und es wird das jetzt bedingte Urtheil durch den Eid ſelbſt purificirt. Bis zum letzten Augenblicke kann indeſſen unter Umſtänden der Delat noch zu anderen Mitteln greifen [165], insbeſondre alſo 2) dem Deferenten den Eid zurückſchieben (referre iusiurandum), worauf dieſer, ohne das iuramentum calumniae vom Referenten fordern zu dürfen [166], ſelbſt den Eid in umgekehrter und nach den Umſtänden vom Richter normirter Faſſung abzuleiſten hat, widrigenfalls zu Gunſten des Referenten erkannt werden muß [167]. Die Relation darf ſich indeſſen nicht auf facta propria des Delaten beziehen [168]. Der Delat kann aber auch, um den Eid ganz zu vermeiden, 3) ſich der Gewiſſensvertretung unterziehen, d. h. zur Beruhigung ſeines Gewiſſens (pro exoneranda conscientia) die Unwahrheit des thema probandum durch andere Mittel in gewöhnlicher Art beweiſen [169]. Weder im römiſchen [170], noch im canoniſchen Rechte findet ſich deßhalb eine Be-

---

160) L. 34. §. 4. D. h. t. (12. 2.) S. Martin a. a. O. §. 224, Note g.

161) Vergl. L. 21. 22. D. de dolo malo. (4. 3.) — C. C. C. art. 107. Allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Th. 10, §. 300.

162) L. 6. 9. §. 1. D. h. t. (12. 2.) C. 1. 8. C. h. t. (4. 1.) S. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 285.

163) Es beruht dieß nicht auf c. 12. pr. C. h. t. (4. 1.) (ſ. Mühlenbruch a. a. O. §. 438), ſondern auf der Praxis, und iſt in Particularrechten anerkannt; z. B. allg. preuß. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 378; allg. öſterr. Ger.-Ordn. §. 233.

164) L. 37. D. h. t. (12. 2.)

165) Quia nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam qui ipse iuret. L. 25. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.) Linde a. a. O. §. 306 a. E. S. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 294.

166) L. 34. §. 7. D. h. t. (12. 2.)

167) L. 34. §. 8 u. 9. D. h. t. (12. 2.) C. 12. §. 1. C. h. t. (4. 1.)

168) L. 11. §. 2. L. 12. 13. D. rerum amotarum. (25. 2.) C. ult. X. de iureiurando. (2. 24.) Allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 292, 293.

169) S. beſ. Georg Guſt. Lüder, de origine et fundamento probationis pro exoneranda conscientia. Götting. 1827, 4.

170) Bei Quinctilian (instit. orat. lib. V. cap. 6) findet ſich nur eine philoſophiſche Deduction über die Gewiſſensvertretung in den römiſchen Gerichten. S. Lüder l. c. §. 4.

ſtimmung. Zwar wird ſie ſchon im dreizehnten Jahrhundert gebilligt[171]), wirklich gebraucht ſcheint ſie aber erſt ſpäter zu ſein, und iſt dann beſonders im ſächſiſchen Prozeſſe genauer entwickelt, ſo wie in die Particularrechte übergegangen[172]). Gelingt der Beweis, ſo iſt damit die Sache erledigt. Der Deferent kann aber dabei auch den Gegenbeweis unternehmen[173]). Gelingt der Beweis aber nicht vollſtändig, ſo wird derſelbe durch einen vom Richter auferlegten Eid ergänzt; ſonſt aber kann, was jedoch ſehr beſtritten iſt[174]), der Delat jetzt noch den deferirten Eid leiſten[175]), oder ihn dem Deferenten zurückſchieben[176]), worauf dieſer ſelbſt ſchwören oder ſein Gewiſſen durch Beweis vertreten kann[177]).

b) **Iuramentum necessarium**[178]).

Iuramentum necessarium, nach römiſchem Sprachgebrauche gleichbedeutend mit iudiciale (ſ. Anm. 139), alſo bezogen auf den im Gerichte zugeſchobenen Eid, bezeichnet jetzt den vom Richter einer Partei auferlegten Eid. Derſelbe iſt ſchon den Römern bekannt, denn während früher die Eidesdelation ganz in der Willkür der Betheiligten ſtand, konnte ſpäter unter Umſtänden der Richter dabei mitwirken, und ſelbſt einen Eid auferlegen. Zur Zeit des Cajus finden wir dieß anerkannt, nämlich ſo, daß der Richter, wenn der Beweis nicht genügend hergeſtellt iſt (in dubiis causis — inopia probationum) durch den Eid denſelben vervollſtändigen läßt[179]). Dieſer Eid iſt daher ein **iuramentum suppletorium** (Ergänzungseid). — Dem germaniſchen Rechte iſt der **Vertheidigungseid** ſehr geläufig, indem der Beklagte ſich vom Anſpruche des Klägers durch ſeinen Eid befreite. Das canoniſche Recht entwickelte die darüber beſtehenden Grundſätze weiter, und es entſtand das **iuramentum pur-**

---

171) Dafür iſt **Bartolus** (ad c. 14. §. 3. C. de non num. pecunia (4. 30.)); dagegen **Jaſon** (ad L. 38. D. h. t. (12. 2.) u. a. m.

172) S. **Lüder** l. c. **Goldſchmidt**, Abhandl. aus dem gem. teutſchen Civilprozeſſe (Frankf. a. M. 1818, 8.), Nr. 6. — Allg. Ger.=Ordn. a. a. O. §. 255, 287. — **Haimerl**, über die Gewiſſensvertretung nach öſterr. Geſetze, in **Wagner=Dolliner**, Zeitſchrift für öſterreich. Rechtsgelehrſamkeit, 1838, H. 2, S. 69 flg.

173) Dieß iſt beſtritten. M. ſ. indeſſen **Martin** a. a. O. §. 228, Note d; **Linde** a. a. O. §. 308, Anm. 3; vergl. beſonders **Linde**, über das Princip zur Löſung der Frage: ob bei Gewiſſensvertretungen eine Gegenbeweisführung auf Seiten des Deferenten zuläſſig ſei? in der Zeitſchrift für Civilrecht u. Prozeß, Bd. 3, H. 1, Nr. 1, und **Höchſter**, über Gewiſſensvertretung, ebendaſelbſt Bd. 9, H. 3, Nr. 14.

174) Gegen die oblatio iuramenti an und für ſich ſ. **Göſchel** a. a. O. S. 206 flg.

175) Dagegen die allg. öſterreich. Ger.=Ordn. §. 204; desgl. die preuß. S. Anm. 177 cit.

176) Auch darüber ſind die Anſichten getheilt. S. **Linde** a. a. O. §. 308. Anm. 6.

177) Die Praxis iſt darüber nicht einig. Vergl. **Linde** a. a. O. §. 307, Anm. 6. M. ſ. z. B. allg. Ger.=Ordn. a. a. O. §. 254, 255, 296, 305, und **Koch**, ſchleſiſches Archiv für praktiſche Rechtswiſſenſchaft, 1837, H. 1, S. 120.

178) S. **Martin** a. a. O. §. 129, 232; **Linde** a. a. O. §. 319, 320.

179) L. 1. 31. D. h. t. (12. 2.) C. 3. 12. C. h. t. (4. 1.)

gatorium[180]). Durch die Praxis und ſpätere Geſetzgebung iſt das Einzelne weiter ausgeführt worden[181]).

Der nothwendige Eid unterſcheidet ſich weſentlich vom deferirten; denn während der letztere wirkliches Beweismittel, formell beweiſend iſt, iſt der nothwendige Eid nur ein Ueberzeugungsgrund für den Richter und ein ſubſidiäres Hilfsmittel. Er iſt unzuläſſig, wenn vollſtändiger Beweis geführt worden, aber eben ſo, wenn nichts bewieſen iſt; denn in jenem Falle iſt für, in dieſem gegen den Beweisführer zu erkennen. Er kann alſo nur angewendet werden, wenn *nicht vollſtändig* bewieſen iſt. Der Beweis, welcher hier probatio minus plena iſt, wird ein halber (semiplena), mehr als halber (semiplena maior) oder weniger als halber (semiplena minor)[182]), je nachdem mehr oder weniger zu Gunſten des Beweisführers (Producenten) ſpricht. Iſt die probatio semiplena maior, ſo ergänzt der Producent den Beweis durch den Eid (daher iuramentum suppletorium), iſt ſie aber semiplena minor, dann befreit ſich der Product von der Forderung durch den Eid (iuramentum purgatorium). Iſt die probatio semiplena, ſo daß alſo gleich viel für beide Theile ſpricht, dann hat der Richter zu prüfen, wem der Eid mit mehr Recht zuzuerkennen iſt. Dieß wird beſonders davon abhängen, auf welcher Seite eher die Wahrheit erwartet werden darf, und dieſes iſt nach der Perſönlichkeit der Partei, der beſſeren Sachkenntniß u. ſ. w. zu ermeſſen; daher alſo das iuramentum de scientia im Allgemeinen eher, als das de ignorantia oder de credulitate aufzuerlegen ſein wird[183]). Fehlt es jedoch an jedem anderen Grunde, einen Theil dem anderen vorzuziehen, dann iſt nach dem Princip, daß in dubio immer eher für den Beklagten geſprochen werden muß[184]), dem Producten das purgatorium zuzuerkennen.

Der vom Richter auferlegte Eid muß angenommen werden, wenn nicht der Prozeß verloren gehen ſoll; denn Rückſchiebung iſt unzuläſſig, weil überhaupt nicht der Wille der Partei über die Eidesleiſtung entſcheidet, und Gewiſſensvertretung iſt nicht möglich, weil ja eben die Mangelhaftigkeit des Beweiſes Grund zur Eidesauflegung geworden iſt; es ſei denn, daß ſich etwa neue Beweismittel gefunden haben, in welchem Falle nun davon Gebrauch gemacht werden kann, und dieß iſt ſelbſt von Seiten des Gegners nach erfolgter Eidesleiſtung möglich, da das iuramentum necessarium keinen förmlichen Beweis erzeugt[185]).

---

180) S. *Eichhorn*, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Bd. 3, §. 461, Nr. 3. — S. c. 36. §. 1. X. h. t. (2. 24.) Vergl. noch beſonders unten Anm. 270 flg.

181) Von Particularrechten ſ. m. z. B. allg. preuß. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 251; Th. 1, Tit. 22, verb. Th. 1, Tit. 13, §. 24—26, und Anhang §. 105. Allg. öſterreich. Ger.-Ordn. §. 212, 213.

182) S. oben Bd. 2, S. 121.

183) S. aber noch *Linde* a. a. O. §. 319, Anm. 12.

184) L. 38. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 125. D. de R. J.

185) L. 31. D. h. t. (12. 2.) Vergl. *Hoffmann*, ob und in wie weit kann die Wirkung eines ausgeſchworenen Eides durch neu aufgefundenen entge-

Auf dieſen Eid kann erſt nach geführtem Beweiſe im Endurtheile erkannt werden. Anſetzung des Termines, Faſſung der Eidesformel und Leiſtung des Eides folgen wie ſonſt. Das Urtheil, welches auf den Eid baſirt iſt, wird durch die Leiſtung purificirt und einfach nach derſelben durch ein Decret publicirt.

c) Iuramentum in litem[186]).

Während in der Regel der Gegenſtand des Beweiſes im Prozeſſe der Klaggrund ſelbſt iſt, nämlich das Recht und deſſen Verletzung, kann unter Umſtänden auch das durch die Klage in Anſpruch genommene Object in Betracht kommen, und insbeſondre die Größe deſſelben wegen des Schadenerſatzes und Intereſſe feſtgeſtellt werden müſſen. Wo dieß durch Beweis nicht ermittelt werden kann, ſoll der Richter daſſelbe ſchätzen (litem aestimare).

Unter gewiſſen Vorausſetzungen und Beſchränkungen verſtattet aber das römiſche Recht dem Kläger das Object durch einen Eid zu beſtimmen: iuramentum in litem, Schätzungs-, Würderungseid. Es geſchieht dieß zur Begünſtigung des Klägers und zur Strafe des Beklagten, indem nämlich jener durch die Schuld dieſes nicht zu dem Seinigen gelangt, ſei es durch dolus, culpa lata oder ſonſtige Verhinderung[187]). Dann aber kann überdieß der Beſchädigte ſowohl den directen als indirecten Schaden in Anſpruch nehmen, und ſogar das pretium affectionis dabei in Anſchlag bringen[188]). Der Richter achtet nur darauf, daß nicht Mißbrauch getrieben werde, und beſtimmt daher ein Maximum, über welches hinaus nicht geſchworen werden kann. Die Anwendung des Eides iſt aber auch anderſeits beſchränkt; denn die Klage, welche dieſen Eid begründen ſoll, muß auf ein restituere oder exhibere (nicht dare oder facere) gerichtet und eine actio bonae fidei oder arbitraria ſein[189]). — Der Richter erkennt auf den Eid, aber nicht blos in subsidium[190]). Es kann ſich aber der Beſchädigte auch eventuell dazu erbieten, und erſt den Beweis in anderer Art verſuchen, aber auch, um der Gefahr des Meineides zu entgehen, ganz darauf verzichten. Der

---

gengeſetzten Beweis überhaupt wieder aufgehoben werden? in Scholz's III. und Gans', juriſt. Magazin. Neue Folge. Bd. 2, H. 3, Nr. 16.

186) Martin a. a. O. §. 129, 232. Linde a. a. O. §. 313. — S. Dig. XII. 3. Cod. V. 53. de in litem iurando.

187) L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. h. t. (12. 3.) C. 2. 5. C. h. t. (5. 53.) L. 3. §. 2. D. ad exhibendum. (10. 4.) C. 7. X. de his, quae vi metusque c. fiunt. (1. 40.)

188) Vergl. aber Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes, §. 275, Nr. 5, §. 1166.

189) S. h. t. passim. — L. 3. §. 2. D. commodati. (13. 6.) C. 4. C. de actionibus emti venditi. (4. 49.)

190) Thibaut a. a. O. §. 1166, Note c. Linde a. a. O. §. 313, Anm. 6. — Dagegen iſt der Eid nach preuß. Rechte ein ſubſidiärer. Allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 9 flg. Eben ſo hat das Appellationsgericht zu Celle entſchieden. S. v. Rüling, Entſcheidungen des kurhannöverſchen Oberappellationsgerichtes (Celle 1805, 4.), Nr. 50. S. auch öſterreich. Ger.-Ordn. §. 214—218.

Eid bindet nicht formell, daher kann der Richter unter Umſtänden die bereits beſchworene Summe herabſetzen[191]), und es kann ſelbſt völlige Abſolution des Beklagten nach erfolgtem Gegenbeweiſe eintreten.

Als beſondere Anwendungen des Schätzungseides hebt man noch hervor das ſogen. iuramentum Zenonianum und iuramentum quantitatis. Jenes beruht auf einer Verordnung des Kaiſers Zeno vom Jahre 477, und geſtattet, daß beim Interdicte Unde vi der Werth der bei der Dejection verloren gegangenen Objecte durch den Eid des Klägers beſtimmt werden könne, vorausgeſetzt, daß ſich nicht durch einen anderen Beweis dieß ermitteln laſſe[192]). Der Grund eines beſonderen Geſetzes für dieſen Fall lag darin, daß, da das Interdictum Unde vi nicht überall ein arbitrarium war, es zweifelhaft erſcheinen konnte, ob daſſelbe die Anwendbarkeit des iuramentum in litem ſtets geſtatte. Der praktiſche Unterſchied vom gewöhnlichen Würderungseide beſteht darin, daß das Zenonianum nur ſubſidiär anwendbar iſt. Das ſogen. iuramentum quantitatis iſt ein gewöhnlicher ſuppletoriſcher Eid, welcher in subsidium zur Anwendung kommt, und darin beſteht, daß der Kläger beim Mangel anderer Beweiſe die Quantität eidlich verſichert, und daß auch bei actionibus stricti iuris davon Gebrauch gemacht werden kann[193]).

II. Nebeneide.

Unter einem Nebeneide iſt derjenige zu verſtehen, welcher nur mittelbar auf die Entſcheidung des Hauptſtreites Einfluß übt, oder nur Zwiſchenhandlungen des Prozeſſes betrifft. Unter dieſen Begriff fallen ſehr verſchiedene Eide, welche hier einzeln zu betrachten ſind.

a) Iuramentum calumniae[194]).

Der Eid gegen Gefährde iſt ein Sicherheitseid, welcher geleiſtet wird, um die Beſorgniß der Chikane (calumnia, malitia) zu beſeitigen.

Das römiſche Recht ſuchte ſchon früh durch verſchiedene Mittel (legis actio per sacramentum, sponsiones etc.) dem böswilligen Prozeſſiren zu begegnen, und führte zu dem Behufe auch einen eigenen Eid ein, den der Beklagte dem Gegner und umgekehrt auferlegen konnte, daß er nicht ex calumnia klage, oder reſpectiv leugne[195]). Außerdem kam auch für ſpecielle Thatſachen ein beſonderer Eid der Art vor, und es mußte derjenige, welcher den Eid vom anderen Theile forderte, ſelbſt ſchwören,

---

191) L. 4. §. 2. 3. L. 5. §. 1. 2. D. h. t. (12. 3.) Vgl. dazu Haenel, dissensiones dominorum etc. §. 35. p. 143.

192) C. 9. C. unde vi (8. 4.), verb. die Anm. 187 cit. Stelle der Decretalen.

193) L. 5. §. 4. L. 6. D. h. t. (12. 3.) — Gegen dieſen Eid erklärt ſich übrigens Buſch, im Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 21, H. 2, Nr. 7, 2.

194) S. Goldſchmidt, Abhandlungen aus dem Civilprozeſſe, Nr. 4. Martin, Lehrbuch, §. 312. Linde, Lehrbuch, §. 123, und daſelbſt cit. Lit. — Quellen: Tit. Cod. de iureiurando propter calumniam dando. (2. 59.) Tit. X. II. 7. in VI. II. 4. de iuramento calumniae.

195) Caii, institut. comment. IV. §. 172 (vergl. §. 1. J. de poena temere litigantium. (4. 16.)) L. 44. §. 4. D. fam. ercisc. (10. 2.) (Paulus, lib. VI. ad Sabinum).

daß er nicht ex calumnia den Eid begehre. Im Juſtinianiſchen Rechte iſt dieſer Eid mit Modificationen beibehalten. Zunächſt iſt beſtimmt, daß wer eine Thatſache leugnet, ſchwören ſoll, daß er nicht calumniae causa leugne[196]); dann wurde vorgeſchrieben, daß Advocaten eidlich erhärten ſollen, daß ſie nicht wiſſentlich die Vertheidigung einer ſchlechten Sache übernommen hätten[197]), und allgemeiner wurde ein Calumnieneid den Parteien auferlegt, nach welchem ſie ſchwören ſollten, daß ſie eine gerechte Sache zu führen überzeugt wären, und nicht calumnioſe handelten[198]). Der Richter ſollte ex officio dieſen Eid den Parteien abfordern, und wenn ſich Jemand weigern würde, denſelben zu ſchwören, ſo ſolle er den Prozeß verlieren. Wegen der in beſonderen Fällen zu leiſtenden iuramenta calumniae ergingen noch nähere Vorſchriften[199]). Das canoniſche Recht ſchloß ſich an dieſe Vorſchriften an, modificirte ſie aber. Wie im römiſchen Rechte wird ein iuramentum calumniae generale und speciale unterſchieden. Der generelle Eid iſt iur. calumniae im eigentlichen Sinne, in der Anwendung auf Temporalien, und iuramentum de veritate dicenda für Spiritualien, da bei dieſen eigentlich gar kein Eid de calumnia geſtattet war[200]). Dieſen Unterſchied hob indeſſen Bonifacius VIII. auf[201]). Der ſpecielle Eid überhaupt heißt iuramentum de malitia, und kann nach der Verordnung des genannten Pabſtes jederzeit im Prozeſſe vom Richter einer Partei auferlegt werden[202]). Abweichend vom römiſchen Rechte wurde aber auch ſtatt der von dieſem geforderten perſönlichen Ableiſtung[203]), das Schwören durch Stellvertreter[204]) erlaubt, wozu zum Theil das praktiſche Bedürfniß führte, beſonders um Corporationen[205]) repräſentiren zu laſſen, und dann um für Kleriker, denen früher der Eid erlaſſen war[206]), und von denen er ſpäter begehrt wurde, Vertreter brauchen zu können. Früher war auch vorgeſchrieben, daß der Eid gleich nach der litis contestatio geleiſtet werden müſſe[207]), wogegen Bonifacius VIII. erklärte, daß

---

196) C. 1. C. h. t. (2. 59.)
197) C. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.)
198) C. 2. C. h. t. (2. 59.)
199) Nov. 73. cap. 7. §. 3. Nov. 90. cap. 4. Nov. 112. cap. 2. Nov. 124. cap. 1.
200) C. 2. X. h. t. (2. 7.) C. 54. §. 2. X. de electione. (1. 6.)
201) C. 1. §. 2. h. t. in VI. (2. 4.)
202) C. 2. §. 2. h. t. in VI. (2. 4.)
203) C. 2. C. h. t. (2. 59.): Ipsae principales personae subeant iusiurandum. Nov. 124. c. 1.
204) C. 3. 4. X. h. t. (2. 7.) C. 3. h. t. in VI. (2. 4.) Die letzte Stelle fordert ein mandatum speciale.
205) C. 4. 6. h. t. (2. 7.)
206) Geſtützt auf c. 25. §. 1. C. de episcopis (1. 3.) wurde den Geiſtlichen das iuram. calumniae erlaſſen. Vergl. Geſetz Heinrichs III. von 1047 bei Pertz, monum. Germ. vol. IV. Die Gloſſatoren waren darüber indeſſen nicht einig. S. Vetus Collectio §. 83; Rogerius, §. 86; Hugolinus, §. 64 (Haenel, dissensiones dominorum, p. 65, 118, 302). — Die ſpätere Erlaubniß c. 1. 5. 7. X. h. t. (2. 7.)
207) C. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.)

auch im weiteren Verlaufe des Prozeſſes der Eid zuläſſig ſei, aber überhaupt nicht als eſſentiell betrachtet werden, folglich auch wegbleiben dürfe [208]).

In Teutſchland finden wir ſchon früh eine Art von Calumnieneid, indem der Kläger die Gewähr ſeiner Klage zu geloben hatte [209]). Man behielt dieß auch ſpäter bei, modificirte aber das dabei übliche Verfahren nach dem fremden Rechte. So finden wir es ſchon bei Tengler und dann in der Reichsgeſetzgebung. Man bediente ſich ſowohl des generellen als ſpeciellen Eides [210]). Indeſſen kam der generelle Eid nach und nach außer Gebrauch, wogegen der ſpecielle nicht nur in beſtimmten vom Geſetze ausgezeichneten Fällen, wie bei Geſuchen um Friſterſtreckung, bei Anwendung von Rechtsmitteln, der Eidesdelation, ſondern überall, wo Verdacht der Gefährde vorhanden iſt, ex officio oder auf Verlangen der Parteien auferlegt werden kann. Es ſchwört dann die Partei oder deren Stellvertreter. Verweigerung des Eides führt den Verluſt des Prozeſſes oder der nach den Umſtänden zu erwägenden Vortheile herbei. So wie im gemeinen, iſt auch in Particularrechten der Eid noch üblich [211]). — Als eine beſondere Anwendung erſcheint auch das **iuramentum dandorum et respondendorum** [212]), indem bei dem articulirten Beweisverfahren beide Theile, der Fragſteller (Ponent) und der Antwortende (Ponat) ſich eidlich verpflichten, der Wahrheit gemäß, ohne calumnia, zu verhandeln.

b) **Iuramentum novorum** [213]).

Indem die Geſetze eine wiederholte Würdigung eines Prozeſſes in mehreren Inſtanzen verſtatten, müſſen ſie den Parteien auch die Mittel gewähren, welche der Fortſetzung der Sache ſelbſt beſonderen Vorſchub leiſten. Dazu gehört denn insbeſondre das in der Appellationsinſtanz zuläſſige ſogen. beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi [214]). Schon das römiſche Recht erlaubt die Anführung neuer Thatſachen, wenn nur die Hauptſache dadurch nicht res nova

---

208) C. 1. pr. §. 1. h. t. in VI. (2. 4.)

209) S. ſächſ. Landrecht, Bd. 2, Art. 15; Bd. 3, Art. 14 (vergl. dazu die Gloſſe).

210) Kammergerichtsordnung von 1555, Th. 1, Tit. 65, 74; Th. 3, Tit. 13, §. 3. Reichsdeputationsabſchied von 1600, §. 124. J. R.-A. §. 43, 117, 118.

211) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 37—45; vergl. Th. 1, Tit. 10, §. 102, 150, u. v. a. für die beſonderen Anwendungen.

212) Kammerger.-Ordn. von 1555, Th. 1, Tit. 69 flg. J. R.-A. §. 41. — A. W. Meyer, vom iuramentum dandorum et respondendorum. Göttingen 1780.

213) Als eine Art von iuramentum calumniae speciale ſehen dieſen Eid an G. L. Böhmer, principia iuris can. §. 840. Martin, Lehrbuch des Civilprozeſſes, §. 292, Note h.

214) Nicht ohne Grund wird daher die Anſicht zurückgewieſen, als ob dies Beneficium als eigentliche Wirkung der Appellation zu betrachten ſei. S. oben Bd. 1, S. 384, Anm. 175. Außer der dort cit. Lit. vergl. man Geſterding, neuer und beſſerer Beweis in der Appellationsinſtanz; in der Ausbeute von Nachforſchungen, Bd. 5, H. 2, S. 258 flg.

wird [215]). Das canoniſche Recht folgt demſelben Princip [216]), das auch in der Reichsgeſetzgebung anerkannt iſt [217]). Nach dem gemeinen teutſchen Rechte beſteht aber für die Parteien eine Beſchränkung durch Präcluſivfriſten für die ganze Beweisführung. Es wird daher die Ueberzeugung für den Richter nothwendig, daß die Partei nicht als nova beibringe, was ſie ſchon früher kannte und zu benutzen verpflichtet war. Zu dem Ende leiſtet der Producent das iuramentum novorum, „daß er ſeines angegebenen neuen An= und Vorbringens in erſter Inſtanz nicht Wiſſenſchaft gehabt, oder ſolches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber davor halte, daß ſolches Alles zur Erhaltung ſeines Rechtens dienlich und nothwendig ſei" [218]). Dieſe Clauſel macht den Eid eigentlich unwirkſam, und ſo iſt er vielfach abgeſchafft worden [219]). Da, wo materielle Wahrheit erſtrebt wird, wie im Criminalprozeſſe, iſt der Eid überhaupt nicht ſtatthaft [220]). Da der preußiſche Prozeß in Civilſachen eine gleiche Tendenz verfolgt, iſt ihm dieſer Eid auch unbekannt [221]).

Nach gemeinem Rechte iſt dieſer Eid auch erforderlich, wenn man wegen nova gegen ein rechtskräftiges Urtheil in integrum reſtituirt ſein will (ſogen. Reſtitutionseid). Nach Gemeinbeſcheid vom 7. Juli 1669 und 7. Juli 1671 ſollen Advocaten und Procuratoren deßhalb ſchwören, „daß weder ſie oder ihre Principalen von ſolchem neuen Einbringen vorhero einige Wiſſenſchaft gehabt oder ſelbiges zu der Sache dienlich zu ſein nicht vermeynet" [222]).

c) Iuramentum testium.

Zum Begriffe eines Zeugen im rechtlichen Sinne gehört deſſen Vereidigung, welche jedoch erſt erfolgen kann, wenn die Glaubwürdigkeit des Ausſagenden nicht mehr zweifelhaft iſt. Dieß geſchieht ſowohl in Civil=, als Criminalſachen. Der Eid ſelbſt iſt aber entweder ein promiſſoriſcher oder ein aſſertoriſcher, je nachdem vor oder nach der Ausſage die Vereidigung erfolgt. Nach gemeinem Rechte iſt die vorhergehende Abnahme

---

215) C. 6. §. 1. 2. c. 37. C. de appellationibus. (7. 62.) C. 4. C. de temporib. appellat. (7. 63.) C. 2. in fin. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.)

216) C. 10. in fin. X. de fide instrumentorum. (2. 22.) Clem. 2. de testibus. (II. 8.) Clem. 5. de appellat. (2. 12.) S. Anm. 218.

217) Kammerger.=Ordn. von 1555, Th. 3, Tit. 33. J. R.=A. §. 73, 74, 118 u. a. m.

218) Dies gilt vom Appellanten und Appellaten in gleicher Art (ſ. vor. Anm. cit.). Uebrigens kennt ſchon das canoniſche Recht einen ähnlichen Eid. C. 4. de electione in VI. (1. 6.) (Gregor. X. a. 1274).

219) S. wegen der Praxis die Cit. bei Linde, §. 405, Anm. 13. Dagegen erklärt ſich auch beſonders Bayer, Betrachtungen über den Eid, S. 28, 29.

220) S. oben Bd. 1, S. 416, 417.

221) S. allg. Ger.=Ordn., Einleit. §. 58—60, Th. 1, Tit. 5, §. 22; Tit. 10, §. 5a; Tit. 14, §. 19, 41, Anhang §. 116.

222) S. Linde a. a. O. §. 424, Anm. 17. S. Bayer, über den Eid a. a. O. S. 29, 30.

des Eides vorgeſchrieben[223]), während Particularrechte die nachfolgende[224]) beſtimmt haben[225]). In manchen Fällen unterbleibt übrigens die Vereidigung der Zeugen, bald wegen öffentlicher Rückſichten, bald in Folge des Verzichtes der Parteien[226]). — Gleiche Grundſätze treten den Umſtänden nach auch bei der Zuziehung und *Vereidigung von Sachverſtändigen* ein[227]).

d) **Iuramentum editionis**[228]).

Wenn Jemand ſich beim Beweiſe im Prozeſſe einer Urkunde zu bedienen wünſcht, und die Mittheilung (Edition) derſelben von einer Perſon aus rechtlichen Gründen verlangt, dieſe aber die Herausgabe verſagt, weil ſie entweder den Beſitz des Documentes leugnet, oder nicht ohne eigenen Nachtheil daſſelbe ediren zu können behauptet[229]), ſo darf ein entſprechender Eid (*Editionseid*) zur Begründung der Behauptung gefordert werden. Die Grundſätze im Einzelnen beruhen hier theils auf dem gemeinen Rechte, theils auf der Praxis, theils auf particularen Vorſchriften. Demnach kann der Eid geleiſtet werden *von einer der Parteien* dahin, „daß ſie das Document nicht beſitze, nicht wiſſe, wo es ſich befinde, und nicht doloſe über Seite gebracht habe u. ſ. w.“[230]). Wird von einem *Dritten* die Edition verlangt[231]), ſo kann dieſer vom Fordernden ſich ein iuramentum calumniae leiſten laſſen, dann aber auch den in Concreto geeigneten Eid nicht verſagen[232]). Noch iſt hier zu bemerken, daß, da der Beweis des Unterganges der Urkunde durch den dolus des Gegners den Inhalt der Urkunde nach gemeinem Rechte erſetzt[233]), hierbei particularrechtlich dem Producenten der Eid geſtattet

---

223) C. 9. C. de testibus (4. 20.) (— prius, quam perhibeant testimonium). — C. 5. 17. 47. 51. X. de testibus. (2. 20.) — K. G. O. von 1555, Th. 1, Tit. 77.

224) So die allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Th. 10, §. 201, 202. Crim.-Ordn. §. 317.

225) Ueber den Vorzug der einen vor der anderen Weiſe ſ. m. die bei *Linde* a. a. O. §. 261, Anm. 2 cit. Literatur.

226) Das Einzelne ſ. m. in den einſchlagenden Artikeln; vergl. indeſſen *Martin*, Lehrbuch, §. 200; *Linde* a. a. O. und des Beiſpiels wegen allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 203.

227) S. c. 6. §. 1. C. de secundis nuptiis. (5. 9.) Nov. 7. cap. 3. §. 2. K. G. O. von 1555, Th. 1, Tit. 85. Vergl. auch *Martin*, §. 218, Anm. f; *Linde*, §. 297, Anm. 4.

228) S. *Goldſchmidt*, Prüfung der Geſetze und Behauptungen über den Editionseid; in ſeinen Abhandlungen aus dem Civilprozeſſe, Nr. 7. *Martin* a. a. O. §. 317. *Linde* a. a. O. §. 280.

229) Von beiden Fällen ſpricht c. 21. 22. C. de fide instrumentorum. (4. 21.)

230) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 94—97.

231) Da die c. 22. C. cit. (4. 21.) eine lex restituta iſt, ſo wird die Editionspflicht eines ſolchen nur unter Beſchränkungen der übrigen Geſetze meiſtens angenommen (ſ. Anm. 228 cit.), in Particularrechten aber erweitert. S. z. B. allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 101 flg.

232) S. Eidesformular in der allg. Ger.-Ordn. a. a. O. §. 103, 104.

233) S. c. 20. C. de probationibus (4. 19.) L. 2. §. 1. D. de iur. fisci. (49. 14.)

iſt [234]). Wegen des Specielleren muß hierbei auf den Artikel Urkunden und Urkundenbeweis verwieſen werden, was in gleicher Art auch von dem nun zu erwähnenden Eide gilt.

d) Iuramentum diffessionis [235]).

Der Diffeſſionseid beſteht in dem eidlichen Ableugnen der Echtheit einer Privaturkunde, welche von einer Perſon ſelbſt oder deren Autor, ſo wie nach der Anſicht Mancher auch von Dritten [236]) herrührt. Ueber die Natur dieſes Eides, und deßhalb über einzelne dabei geltende Grundſätze iſt man nicht einig. Manche ſehen ihn für ein iuramentum delatum an [237]), Andere für ein necessarium, und zwar ein purgatorium [238]) oder ein iuramentum calumniae [239]). Es iſt der Diffeſſionseid vielmehr ein Ueberbleibſel des alten teutſchen Vertheidigungseides [240]), wonach der Beklagte ſich durch eidliche Reinigung von der Klage befreien konnte. Dieſes Recht hatte der Beklagte überall, wo nicht das Zeugniß des Richters und der Schöffen ihm entgegenſtand, weßhalb bei öffentlichen Documenten das Diffitiren nicht verſtattet werden konnte [241]). Durch den ſächſiſchen Prozeß wurde dieſer Eid weiter ausgebildet und dann allgemeiner anerkannt. —

Der Beklagte (Product) ſchwört den Eid in Folge richterlichen Auftrages, der aber durch den Producenten veranlaßt werden kann [242]). Jedenfalls iſt die Einſtimmung des letzteren nöthig, denn er kann durch Uebernahme des Beweiſes der Echtheit der Urkunde den Diffeſſionseid überhaupt vermeiden. Der Product aber, dem der Eid zuerkannt iſt, und der ohne Conſens des Producenten den Eid nicht zurückſchieben kann [243]), muß ſchwören, oder die Urkunde wird zu ſeinem Nachtheile für echt an=

---

234) Z. B. allg. Ger.=Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 120.

235) S. Sengebusch, diss. de indole iuramenti diffessionis. Gotting. 1801. — Piper, de vera iuram. diffess. indole. Jenae 1806. Zimmern, de iuramento diffess. Heidelberg 1817, 8. (in teutſcher Ueberſetzung in Barth, Sammlung auserleſener Diſſertationen, Bd. 1 [Augsburg 1835, 8.], Nr. 4). — Goldſchmidt, Abhandlungen aus dem Civilprozeſſe, Nr. 8. Ueber den Diffeſſionseid, und ob er überhaupt in den Geſetzen gegründet ſei? u. m. a. bei Martin a. a. O. §. 186, Note v; §. 207, Note e; §. 214, Note d. Linde a. a. O. §. 288. Mühlenbruch, Entwurf des Civilprozeſſes, §. 406.

236) S. Martin a. a. O. §. 213, Note d. Dagegen Linde a. a. O. §. 288, Note 1 cit. Lit. Nach preuß. Rechte kommen Urkunden Dritter nicht in Betracht; allg. Ger.=Ordn., Th. 1, Tit. 10, §. 133, 134, 137, 138, 140.

237) So Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes, §. 1181, der ihn für einen ſtillſchweigend zugeſchobenen erklärt.

238) Indem die Präſumtion der Echtheit zerſtört wird. So meiſt die älteren Prozeſſualiſten, cit. bei Linde a. a. O. Anm. 4.

239) Wie Martin a. a. O. (Anm. 236). S. auch Eichhorn (folg. Anm. cit.), Note f.

240) Eichhorn, teutſche Staats= u. Rechtsgeſch., Bd. 3, §. 461, Note e. Goldſchmidt a. a. O. §. 5, 6.

241) Vergl. die Belege bei Eichhorn a. a. O. Bd. 2, §. 382, u. a.

242) Daß wegen der Verhandlungsmaxime dies ſtets geſchehen und der Richter nicht ex officio den Eid auferlegen könne, nimmt Linde a. a. O. (ſ. Anm. 6 daſelbſt) an.

243) S. aber Thibaut a. a. O.

genommen. Dem Producenten ſteht es aber auch ſpäter noch frei, die Echtheit der diffitirten Urkunde zu beweiſen[244].

f) **Iuramentum perhorrescentiae**[245].

Ein an ſich fähiger Richter kann unter Umſtänden als verdächtig recuſirt, der Verdacht ſelbſt muß rechtlich begründet werden. Das römiſche Recht ſucht in verſchiedener Weiſe zu bewirken, daß kein iudex suspectus entſcheide, überläßt aber dann in Concreto den Parteien ante litem inchoatam (i. e. contestatam) iudices delegati, und zwar ohne Anführung von Gründen zu recuſiren[246], worauf arbitri in die Stelle der iudices treten, welche aber mit der Befugniß wahrer Richter entſcheiden. Das canoniſche Recht weicht davon ab, indem es die Anführung von Gründen (causa legitima iustae suspicionis) im Falle einer Recuſation fordert und deren Prüfung dem Biſchofe oder den arbitri überweiſt, worauf nach Umſtänden ein anderer Richter eintritt[247]. Die Recuſation wurde hierauf auch immer geſtattet, jedoch mit abweichenden Beſtimmungen in Folge der Praxis der Civiliſten und Canoniſten[248]. Jene erklärten ſie für zuläſſig, ohne Anführung von Gründen, und verlangten nur die Leiſtung eines iuramentum calumniae speciale, dieſe aber begehrten wirkliche Gründe. Die gemeinrechtliche Praxis iſt eben darum auch nicht entſchieden. Manche Schriftſteller geſtatten ſchlechthin den Eid, um einen der Partei verdächtigen Richter zu recuſiren (iuramentum perhorrescentiae, eiuratio)[249]. Andere dagegen ſehen dieſen Eid nicht als einen ſelbſtſtändigen Verwerfungsgrund, ſondern nur als zur Beſcheinigung dienend, ſtatt des Beweiſes beſtimmter angeführter Gründe[250], wieder Andere als ein iuram. suppletorium an, und fordern den Beweis des Verdachtes, den ſie eidlich ergänzen laſſen, wenn die Gründe des Recuſirenden nicht hinlänglich ſonſt feſtgeſtellt werden können[251]. Noch An-

---

244) Dagegen Mühlenbruch a. a. O.

245) Vergl. beſonders Cropp, über die Bedingungen der Recuſation eines Richters und über das Verfahren dabei, in Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandlungen, Bd. 2 (Hamburg 1830, 8.), Nr. 1. Die ſogen. 2. Ausgabe von Lotz, civiliſt. Abhandlungen (Koburg und Leipzig 1832, 8.), worin Nr. 2. „Ueber die Recuſation eines Richters und die Zuläſſigkeit des Verwerfungseides,“ iſt nur die mit neuem Titelblatt ausgegebene erſte Auflage von 1819. — Sixt. Friedr. Kapff, diss. inaug. de natura iuramenti perhorrescentiae. Tubing. 1838, 8. (damit verb. man die gründliche, wenn gleich kurze, Beurtheilung in Richter und Schneider, krit. Jahrb. für teutſche Rechtswiſſenſch., 1839, Bd. 5, S. 270).

246) Liceat ei, qui suspectum iudicem putat, eum recusare. C. 16. 18. C. de iudiciis. (3. 1.)

247) C. 61. X. de appellationibus. (2. 21.) C. 4. de officio et potestate iudicis de leg. in VI. (1. 14.)

248) Das Einzelne gehört in den Artikel Richter u. a. m. Inzwiſchen ſ. m. Gloſſe zu c. 16. C. cit. (3. 1.). Hugolinus, de dissensionibus dominorum, §. 114—117 (Haenel, dissensiones cit. p. 344 sq.).

249) So z. B. Thibaut, Syſtem ꝛc., §. 1259. S. auch Geſterding, im Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 4, Nr. 13, und Ausbeute von Nachforſchungen, Bd. 1, Nr. 4.

250) S. Martin, Lehrbuch, §. 59, Note i.

251) S. Cropp, oben cit. Linde, §. 8'

dere wollen den Eid gar nicht zulaſſen, und fordern ſonſtigen Beweis[252]). Hiernach iſt die Praxis und Geſetzgebung ſelbſt abweichend. Meiſt wird angenommen, der Eid trete an die Stelle des Beweiſes der Recuſationsgründe[253]).

g) Iuramentum paupertatis[254]).

Die Gerichtspflege kann nicht zu Gunſten eines Einzelnen unentgeldlich ſein. Wo aber die Nothwendigkeit vorhanden iſt, wird Sportelfreiheit gerechtfertigt. Das gemeine und particulare Recht geſteht dieß Armen zu, d. h. hier ſolchen, die nicht ſo viel beſitzen oder erwerben, daß ihnen nach Abzug des nothdürftigen Unterhaltes etwas zur Beſtreitung der Prozeßkoſten übrig bleibt. Dieſes muß nun derjenige, welcher auf dies Beneficium Anſpruch machen will, beweiſen, oder wenn dies nicht thunlich iſt, beſchwören. Der Armeneid iſt gemiſchter Natur, aſſertoriſch und zugleich promiſſoriſch, indem der Arme ſich verpflichtet, ſpäter, wenn ſich ſeine Umſtände gebeſſert haben ſollten, die Koſten zu erſtatten[255]).

h) Iuramentum cautionis[256]).

Das eidliche Angelöbniß als Sicherheitsbeſtellung, juratoriſche Caution, iſt ein Mittel, welches angewendet wird, wenn es an anderen geeigneten Objecten, beſonders Pfand und Bürgen, fehlt. In beſonderer Anwendung erſcheint dieſer Eid bei der Caution wegen Erſtattung der Prozeßkoſten (iuramentum expenſarum)[257]), und findet ſich noch oft in Particularrechten anerkannt[258]).

i) Iuramentum manifestationis[259]).

Manifeſtations- oder Offenbarungseid iſt die eidliche Anzeige über das Vorhandenſein von Vermögensobjecten, zugleich mit dem Verſprechen nachträglicher Meldung, wenn etwas überſehen ſein ſollte. Dieſer Eid kann in ſehr verſchiedener Weiſe zur Anwendung kommen,

---

252) Cropp a. a. O.

253) So in Hannover, ſ. v. Rüling, Entſcheidungen des kurhannöverſchen Oberappellationsgerichtes zu Celle (Celle 1805, 4.), Nr. 91. S. auch die Entſcheidung des Oberappellationsgerichtes zu Jena, in Adolph Martin, Jahrb. der Geſetzgebung und Rechtspflege in Sachſen, Bd. 2 (Neuſtadt a. d. O. 1830, 8.), S. 323 flg. — Unzuläſſig iſt der Eid nach der preuß. allgem. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 2, §. 143 a. E.

254) S. Linde, Lehrbuch, §. 120, Anm. 12. Albrecht, über den Armeneid im gemeinen Civilprozeſſe; in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 11, H. 1, Nr. 3. Vergl. den Art. Armenrecht, Bd. 1, S. 440 flg.

255) Die hierher gehörigen Geſetze weiſt Albrecht a. a. O. nach. S. auch preuß. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 23, §. 30 flg., §. 41.

256) S. Linde, Lehrbuch, §. 122, Anm. 6. S. den Art. Caution, Bd. 1, S. 610, 611.

257) S. Martin, Lehrbuch, §. 232, Anm. a. Linde a. a. O. §. 119, Anm. 13, §. 313, Anm. 15. Vergl. oben Bd. 1, S. 616—618.

258) S. z. B. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 21, §. 11—13. Hier leiſtet der Kläger den Eid, „daß er alles angewendeten Fleißes ungeachtet, die ihm auferlegte Caution durch Bürgen oder Pfänder nicht beſtellen könne, und daß er dem Gegentheile, falls er demſelben die Koſten zu erſtatten verurtheilt werden ſollte, dieſelben nach ſeinem beſten Vermögen redlich bezahlen wolle."

259) F. E. Rödiger, Verſuch einer vollſtändigen Entwickelung der Lehre vom Manifeſtationseide. Leipzig 1831, 8.

und fällt demnach bald in die Kategorie eines deferirten oder nothwendigen Eides u. ſ. w., worüber Particularrechte Genaueres feſtzuſetzen pflegen [260]). Die wichtigſten Anwendungen ſind bei der Verwaltung fremder Güter, indem von den Adminiſtratoren die Richtigkeit der Inventarien, Rechnungen u. ſ. w. beeidet werden muß, wenn dazu Veranlaſſung vorhanden iſt; desgleichen bei Erbſchaftsverhältniſſen, indem von ſolchen, die ſich zur Zeit des Todes im Hauſe des Erblaſſers befanden oder die zum Beſitze der Erbſchaft gelangten u. ſ. w., auf Verlangen der Miterben, Creditoren u. A. der Eid geleiſtet werden muß [261]); dann ganz beſonders beim Concurſe, indem bei Gelegenheit der Inventur von dem Gemeinſchuldner und deſſen Angehörigen der Eid gefordert wird, ſo wie von demjenigen, welcher zur cessio bonorum zugelaſſen ſein will u. a. [262])

Nachdem bisher die in Civilprozeſſen üblichen Eide betrachtet worden ſind, müſſen noch die in Criminalſachen vorkommenden beleuchtet werden.

B. Eide in Criminalſachen [263]).

Die Anwendbarkeit des Eides in Angelegenheiten des Strafrechtes kann nach der Natur des Eides einerſeits und der Bedeutung des Criminalrechtes anderſeits immer nur eine ſehr beſchränkte ſein. Anerkannt iſt er als Sicherheitsmittel, ähnlich wie bei Civilſachen (ſ. Anm. 256—258), jedoch nur bei geringem Verdachte der Flucht, wo ſelbſt wohl das durch Handſchlag beſtärkte Angelöbniß hinreicht, oder bei geringen Vergehen [264]). Auch gehört die Urfehde hierher, als der Eid eines aus der Haft entlaſſenen Verbrechers, welcher geloben mußte, nicht Rache zu nehmen (urpheda de non ulciscendo) und, wenn er des Landes verwieſen war, nicht zurückkehren zu wollen (urpheda de

---

260) Martin a. a. O. §. 270, Note i. Linde a. a. O. §. 374, Anm. 7. — Ueber das preuß. Recht ſ. m. allg. Ger.-Ordn., Th. 1, Tit. 22, §. 28 flg., und wegen verſchiedener Anwendungen das Regiſter zur allg. G.-O. s. h. v. Ueber das badiſche Recht ſ. m. Hohnhorſt, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim. Neue Folge, 1833, S. 85 flg. Beck, Merk u. A., Annalen der großherz. badiſchen Gerichte, 1833, S. 193 flg. Ueber Bayern, nach der Gerichtsordnung von 1753, ſ. Zeitſchrift für Theorie und Praxis des bayerſchen Rechtes, Bd. 1, H. 2, S. 178 flg. u. a. m. — Oeſterreich. Ger.-Ordn. §. 219, 220.

261) S. Gönner, auserleſene Rechtsfälle, Bd. 1 (Landshut 1801, 8.), S. 356. v. Schirach, Beiträge zur Anwendung des Rechtes u. ſ. w. (Hamburg 1822, 8.), Abh. 29.

262) S. deßhalb oben den Art. beneficium eiurationis, Bd. 1, S. 899 flg.; Concurs u. a.

263) S. Heffter, über die Anwendung von Haupteiden im gem. teutſchen Criminalprozeſſe; im neuen Archiv des Criminalrechtes, Bd. 14, H. 1 u. 2. Mittermaier, die Lehre vom Beweiſe im teutſchen Strafprozeſſe, §. 66—68. Darmſtadt 1834, 8. Bauer, Lehrbuch des Strafprozeſſes (Göttingen 1835, 8.), §. 153—158, u. die daſelbſt cit. Lit. S. auch oben den Art. Beweis in Strafſachen, Bd. 1, S. 170 flg.

264) S. oben den Art. Caution, Bd. 2, S. 609, 611. Bauer (vor. Anm. cit.), §. 74, Anm. c.

non redeundo). Sie iſt jedoch faſt allgemein abgeſchafft worden[265]). Der Zeugeneid (ſ. oben Anm. 223 flg.) iſt üblich. Am wichtigſten iſt der Eid als Beweismittel und gerade in dieſer Beziehung iſt er für das Criminalrecht faſt durchaus bedeutungslos. So lange das Strafrecht noch auf dem Standpunkte des Privatrechtes ſich befand, und demgemäß der Accuſationsprozeß die Regel bildete, alſo auch Verzicht möglich war, konnte dem Gebrauche des Eides nichts entgegen ſtehen. Das römiſche Recht geſtattet daher den Eid bei Pönalklagen (ſ. oben Anm. 147, 148), weshalb auch ſpäter in causis pecuniariis, bei fiscaliſchen Geldſtrafen u. ſ. w. der Gebrauch des Eides öfter vertheidigt worden iſt[266]). Mit Recht iſt aber erinnert worden, daß dies auf dem Wege des Criminalprozeſſes nicht zuläſſig ſei, und die Statthaftigkeit davon abhängt, daß nach dem beſtehenden Landesrechte ein civilrechtliches Verfahren dabei üblich iſt[267]).

Nach dem Princip, daß in causis publicis Eidesdelationen nicht erlaubt ſeien, behaupteten auch die meiſten Gloſſatoren ſchon, daß ein iuramentum calumniae in causis criminalibus nicht gefordert werden dürfe. Doch vertheidigte Martinus beſonders gegen Bulgarus das Gegentheil[268]), und allgemeiner billigte ſelbſt Guilielm. Durandus die Eidesdelation[269]). Die gemeinrechtliche Praxis hat dies aber niemals anerkannt. Zu erwägen bleibt nur noch der nothwendige Eid, in ſeiner zweifachen Geſtalt, als suppletorium und purgatorium (ſ. oben Anm. 179 flg.).

Der Reinigungseid[270]).

Reinigungseid iſt die eidliche Verſicherung eines Angeſchuldigten, daß er ein gewiſſes Verbrechen nicht begangen habe, oder daß eine gewiſſe ihm aufgebürdete Thatſache nicht wahr ſei.

Es kann nicht wohl geleugnet werden, daß bei den Römern eine Befreiung von einer Schuld durch Eid möglich geweſen ſei[271]), doch iſt

---

265) S. Feuerbach, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 199. Martin, Lehrbuch des Criminalprozeſſes, §. 148. In Preußen abgeſchafft durch Reſcript vom 18. April 1796, ſpäter aber bei entlaſſenen Feſtungsgefangenen wieder eingeführt.

266) S. C. A. Müller, de iuramenti delatione in causis fisc. pecun. Rostoch. 1708.

267) S. Heffter, im neuen Archiv des Criminalrechtes, Bd. 14, H. 1, Nr. 2, Abſchn. 3.

268) S. Vetus Collectio de dissensionibus dominorum, §. 16. Rogerius, §. 42. Hugolinus, §. 65, 66. (Haenel, diss. dominor., p. 13, 101, 304, 305, vergl. p. 596).

269) Speculum lib. II. tit. II.

270) Biener, Beiträge zur Geſchichte des Inquiſitionsprozeſſes (Leipzig 1827, 8.), S. 22 flg. Abegg, Beiträge zur Geſchichte des Beweisverfahrens im Strafprozeſſe, insbeſondre zur Geſchichte und Kritik des Reinigungseides; in ſeinen hiſtoriſch-praktiſchen Erörterungen u. ſ. w., Th. 1 (Berlin 1833, 8.), Nr. 1. Bauer und Mittermaier a. a. O. — Der Reinigungseid im Criminalprozeſſe von v. Wieck, im Archiv des Criminalrechtes. N. F. 1840, H. 3, Nr. 13, S. 342 flg.

271) S. z. B. L. 5. §. 8. D. de iniuriis (47. 10.): Hac lege (sc.

der deßfalls angewendete Eid ſowohl objectiv, als formell von dem ſtrafrechtlichen Reinigungseide durchaus verſchieden [272]). Die Grundlage deſſelben iſt vielmehr die altgermaniſche Sitte, nach welcher ein Angeſchuldigter ſich durch ſeinen Eid reinigte, indem zugleich Gehilfen (coniuratores, consacramentales, compurgatores) aus der Zahl der Verwandten und Freunde, der Gildegenoſſen mitſchwörend die Echtheit des Eides bezeugten [273]). Dieſe Zeugen ſind zur Unterſtützung ihrer Partei in der Fehde verpflichtet, und helfen beim Gerichte, das an die Stelle der Fehde getreten iſt. Dieſen Gebrauch erkannte die Kirche an, und zwar zuerſt bei Laien, dann auch bei Geiſtlichen, indem ſie den Angeklagten ſich durch den Eid von dem Verdachte des bezüchtigten Vergehens befreien ließ. Als ein praktiſch-wichtiges Inſtitut wurde es auch von Gratian berückſichtigt [274]). Während nach älterem teutſchen Rechte und den in der Kirche anerkannten Grundſätzen dieſer Eid vom Angeſchuldigten gefordert werden konnte, um ſich zu reinigen, ausgenommen wenn der Kläger mit Conſacramentalen den Beweis führte, oder der Beklagte nicht ehrenwerth war [275]), ließ Innocenz III. bei der Einführung des Inquiſitionsprozeſſes dieſen Eid als einen ſubſidiären durch den Richter auferlegen, wenn ein Ankläger nicht vollſtändig beweiſen konnte, oder bei der Inquiſition auf infamia nichts feſt conſtatirt wurde [276]).

Der bisherige altgermaniſche Eid ging nun unter, und die Conſacramentalen konnten auch wegfallen [277]), da ſtets vor der Zulaſſung zum Eide eine Prüfung der Zuläſſigkeit Seitens des Richters erfolgen mußte, und es blieb nur der ſubſidiäre canoniſche Reinigungseid praktiſch. Dieſen ſelbſt deutete man nun verſchieden, indem man ihn bald als ein medium eruendae veritatis, gewiſſermaßen als eine geiſtige Tortur anſah [278]), und als der Ehre nachtheilig betrachtete, bald mehr nach den Grundſätzen des Civilprozeſſes angewendet wiſſen wollte. Er wurde nun überhaupt ſeltener angewendet und vielfach ganz abgeſchafft [279]), ausdrücklich wie in Preußen (Crim.-Ordn. §. 392), Baden (Eidesordnung §. 21),

---

Cornelia) permittitur actori iusiurandum deferre, ut reus iuret, iniuriam se non fecisse. Vgl. L. 6. §. 4. D. de his, qui notantur infamia (3. 4.) u. a.

272) S. Abegg a. a. O. S. 14 flg.

273) S. oben Anm. 123. Vergl. Literatur bei Mittermaier a. a. O. S. 482.

274) S. Can. II. qu. V. S. auch Tit. X. II. 34. de purgatione canonica. Biener a. a. O. Abegg a. a. O. S. 32 flg.

275) Dann traten Ordalien ein, eine purgatio vulgaris. S. Tit. X. V. 35. Vergl. Abegg a. a. O. S. 38 flg.

276) C. 17. 19. 21. X. de accusat. (5. 1.) C. 10. X. de purgat. canonica. (5. 34.) Vgl. Biener, S. 27.

277) Gedacht wird ihrer noch in der Kammergerichtsordn. von 1555, Th. 2, Tit. 10, §. 1, ſo wie im Concept der Kammergerichtsordn. v. 1613, Th. 2, Tit. 11, §. 4.

278) S. Carpzov, practica rer. crim. P. III. qu. 116. S. Abegg a. a. O. S. 115 flg., S. 127.

279) S. J. C. Althof, über die Verwerflichkeit des Reinigungseides in Strafſachen, nebſt erläuternden Criminalfällen. Rinteln 1835, 8. Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 485, 486.

oder ſtillſchweigend, wie in Oeſterreich, Bayern u. a. m. Da, wo der Eid noch praktiſch iſt [280]), treten im Allgemeinen folgende Beſtimmungen ein.

Objectiv wird ein ſolches Verbrechen vorausgeſetzt, bei welchem keine ſchwere Strafe eintritt, da die Beſorgniß vorhanden iſt, daß um einer ſolchen zu entgehen, der Schuldige ſich eher entſchließen wird, den Eid zu leiſten. Indeſſen wird doch öfter kein Verbrechen ausgenommen, wenn nur nach der Perſönlichkeit des Schwörenden kein Meineid zu befürchten iſt [281]). Dieſe ſubjective Rückſicht iſt aber überhaupt entſcheidend, und die Unbeſcholtenheit des Inculpaten ſollte immer über die Zuläſſigkeit des Eides ſchlechthin den Ausſchlag geben. Rückſichtlich des Beweiſes, der durch den Eid supplirt werden ſoll, iſt vorauszuſetzen, daß derſelbe ſchon bis zu einem gewiſſen Grade geführt worden, und daß es an anderen Mitteln fehle, ſich volle Ueberzeugung zu verſchaffen. Schwache Verdachtsgründe reichen nicht hin, den Eid zu fordern, und dringender Verdacht, bei welchem die Unſchuld ſehr unwahrſcheinlich iſt, würde gegen die Zulaſſung zum Eide ſprechen. Es muß daher der Thatbeſtand ſchon in gewiſſer Weiſe feſtſtehen und ein erheblicher Verdacht gegen den Inculpaten vorhanden ſein. In der Praxis wird gewöhnlich halber Beweis gefordert. Die Wirkung des geleiſteten Eides iſt die völlige Freiſprechung des Beklagten, nicht bloße Abſolution von der Inſtanz [282]), wobei aber nach dem Princip ſtrafrechtlicher Urtheile überhaupt eine Wiederaufnahme der Unterſuchung, wenn ſich Gründe dazu finden, nicht ausgeſchloſſen ſein kann. Weigert der zum Eide Aufgeforderte die Leiſtung, ſo wächſt der Verdacht gegen ihn, ohne daß aber ein Anerkenntniß der Schuld ſelbſt angenommen werden darf, was mit dem Princip des Criminalrechtes bezüglich materieller, nicht formeller Wahrheit, unvereinbar ſein würde. Da Verzicht im Strafprozeſſe nicht ſtattfinden ſoll, iſt es auch nicht zu billigen, wenn einzelne Geſetze in der Ablehnung des Eides ein wirkliches Bekenntniß finden und Strafe eintreten laſſen, wenn dies auch nur bei geringen Vergehen der Fall iſt.

In Beziehung auf Form, Abnahme des Eides u. ſ. w. treten die allgemeinen Regeln ein. Wegen der Eidesformel iſt aber mit Recht angenommen, daß man ſich auf das Factum zu beſchränken habe, und daß in dem Urtheile auf Leiſtung nicht zugleich der Erfolg bedingter Weiſe, wie in Civilſachen (ſ. oben), zu bezeichnen ſei. — An und für ſich kann das Schwören des Reinigungseides die bürgerliche gemeine oder Standesehre nicht afficiren und den Verluſt eines Amtes nicht nach ſich ziehen, wenn nicht etwa derſelbe darum eintritt, weil nach Statuten oder Geſetzen eine in Unterſuchung geweſene Perſon überhaupt dieſes oder jenes Amt nicht bekleiden kann [283]). — Noch kommt hier in Betracht

280) S. v. Wieck a. a. O. S. 346 flg., 357 flg.

281) S. Heffter, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 639, Anm. 2, 3, und die cit. Lit.

282) S. Mittermaier a. a. O. §. 68, Nr. 6.

283) S. Bauer a. a. O. §. 157, Anm. c.

der Erfüllungseid [284]).

Der Erfüllungs- oder Ergänzungseid in Criminalſachen iſt von Seiten des Anklägers ganz unſtatthaft. Man kann ſich deshalb ſchon auf das römiſche Recht beziehen, welches vom Accuſator überzeugende materielle Beweismittel fordert [285]). Wirklich anerkannt iſt auch dieſer Eid nirgends. — Anders ſcheint es dagegen mit dem Ergänzungseide des Angeklagten, inſofern dieſer eine nicht vollſtändig bewieſene Entſchuldigung durch den Eid zur Ueberzeugung erhebt, und daher dieſer Eid nach der Analogie des Reinigungseides für anwendbar, eben darum aber auch, wo dieſer abgeſchafft iſt, ſelbſt mit für aufgehoben erklärt wird. Demgemäß iſt er auch in der Praxis anerkannt, wird indeſſen doch von einzelnen Criminaliſten überhaupt verworfen [286]). Die Vorausſetzungen für den wirklichen Gebrauch des Eides ſind nach der Analogie des Reinigungseides perſönliche Glaubwürdigkeit des Angeklagten und ein nicht genügender Beweis der zur Entſchuldigung dienenden Thatſache, nach der Praxis öfters wenigſtens halber Beweis. Durch Leiſtung des Eides wird der Beweis ſupplirt, durch Verweigerung des Eides aber geſchwächt.

Zum Schluſſe unſerer Darſtellung erwähnen wir noch die wichtigeren

C. Außergerichtlichen Eide.

Die außergerichtlichen Eide ſind theils promiſſoriſch, theils aſſertoriſch. Zu jenen gehören die verſchiedenen Amts- und Dienſteide, welche ſich nach der Beſchaffenheit des einzelnen Amtes ſelbſt abweichend geſtalten. Es muß deßhalb hier auf die beſonderen Artikel im Rechtslexikon hingewieſen werden. Man ſehe deßhalb ſchon oben Anm. 117, und vergl. z. B. den Art. Beamte, Bd. 1, S. 744; Biſchof, Bd. 2, S. 222, u. a. m. Wegen der eidlichen Verpflichtung auf die Symbole u. ſ. w. iſt ebenfalls im Art. Kirchenbeamte, Ordination u. ſ. w. das Erforderliche auszuführen. Promiſſoriſche außergerichtliche Eide ſind auch beim Abſchluſſe der Ehe, bei der Taufe (durch die Pathen), der Confirmation u. ſ. w. im Gebrauche.

Zu den außergerichtlichen aſſertoriſchen Eiden gehört das iuramentum simoniae derer, die zu kirchlichen Stellen befördert werden (ſ. Art. Kirchenbeamte u. a.), der Ledigeid (iuramentum coelibatus, integritatis, de statu libero), von ſolchen, die eine Ehe eingehen wollen, dann geleiſtet, wenn ſie nicht in anderer Weiſe ihren Ledigſtand zu beweiſen vermögen, was bei Fremden oder auch wohl bei ſolchen, die eine zweite Ehe abſchließen, unter Umſtänden nöthig werden kann. Hier wird ein Handgelöbniß meiſtens für hinreichend erachtet werden dürfen.

H. F. Jacobſon.

Eigenthum, ſ. am Schluſſe des E.

---

284) Bauer a. a. O. §. 158, und cit. Lit.

285) C. ult. C. de probationibus. (4. 19.)

286) So beſonders von Mittermaier a. a. O. §. 66.

Einkindſchaft, Einſetzung zum rechten Vater oder zur rechten Mutter, unio prolium. — Ging der Mann in der alten Zeit eine zweite Ehe ein, und erzeugte er in dieſer ebenfalls Kinder, ſo waren die Kinder beider Ehen, hinſichtlich des Rechtes auf Alimentation und Ausſtattung aus dem ehelichen Vermögen, ſo wie hinſichtlich des Erbrechtes an demſelben einander völlig gleich, weil ſie Kinder eines Vaters waren, und die Verſchiedenheit der Mutter keine Verſchiedenheit in jener Hinſicht bewirken konnte. Es beſtand ſonach unter den Kindern eines Vaters aus verſchiedenen Ehen ohne allen Vertrag ſtets von ſelbſt eine natürliche Einkindſchaft.

Als ſich der Grundſatz geltend machte, daß die Frau an dem ehelichen Vermögen Theil habe, fand derſelbe in verſchiedenen Gegenden Teutſchlands eine verſchiedenartige Anwendung. In manchen Gegenden nämlich ging daraus die allgemeine eheliche Gütergemeinſchaft hervor, wobei alles in der Ehe vorhandene Vermögen, woher immer es rühren mag, beiden Ehegatten in unzertrennter Gemeinſchaft gehört. Sind Kinder vorhanden und die Ehe löſt ſich durch den Tod des einen Ehegatten auf, ſo wird entweder die Gütergemeinſchaft zwiſchen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgeſetzt, oder es tritt das Verfangenſchaftsrecht der Kinder ein, indem dieſen das unbewegliche Vermögen zufällt und der überlebende Ehegatte blos die Nutznießung deſſelben nebſt der fahrenden Habe behält [1]). In anderen Gegenden richteten ſich die ehelichen Güterverhältniſſe nach dem römiſchen Rechte, neben welchem aber als eigenthümlich teutſches Product allgemein eine Gemeinſchaft der Errungenſchaft und der fahrenden Habe Fuß faßte. Im Fall der Auflöſung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten mit Hinterlaſſung von Kindern fiel hierbei dem überlebenden Ehegatten gewöhnlich ſein eingebrachtes Vermögen nebſt einem Theile der Errungenſchaft und der fahrenden Habe anheim; das Eingebrachte des Verſtorbenen, nebſt dem anderen Theile der Errungenſchaft und fahrenden Habe erbten die Kinder; jedoch behielt der Ueberlebende das geſammte Vermögen ungetheilt in Beſitz und Benutzung, ſo daß alſo auch hierbei eine Gemeinſchaft zwiſchen demſelben und den Kindern beſtand.

Wollte unter dieſen Verhältniſſen der überlebende Ehegatte zu einer neuen Ehe ſchreiten, ſo hielt man, um Verwickelungen, welche beſonders für die Kinder früherer Ehe Schaden bringend waren, zu vermeiden und ein einfaches Verhältniß herzuſtellen, für nöthig, daß zuerſt eine Uebereinkunft getroffen werde [2]), wodurch entweder die beſtehende Gemeinſchaft des Vermögens aufgehoben und jedem Betheiligten der ihm gebührende Theil überliefert, oder wodurch die Gemeinſchaft aufrecht erhalten und auf die neue Ehe dergeſtalt übertragen wird, daß die Kinder der früheren Ehe (Vorkinder) gegen Einwerfung ihres in der Gemeinſchaft begriffenen Vermögens in die neue Ehe, den in dieſer zu erzeugenden Kindern (Nach-

---

1) Ringelmann, hiſtoriſche Ausbildung und rechtliche Natur der Einkindſchaft (Würzburg 1825), §. 8—10.

2) Beck und Lauteren, das Landrecht oder die bürgerlichen Rechte und Sitten der Grafſchaft Erbach und Herrſchaft Breuberg im Odenwald (Darmſt. 1824), S. 271.

kindern), hinſichtlich des Rechtes auf Alimentation, Ausſtattung und Beerbung beider Eltern vollkommen gleichgeſtellt, ſonach als Kinder derſelben Ehe betrachtet werden. Dieſe Einkindſchaft erſcheint als eine künſtliche Nachbildung jener natürlichen, welche vermöge des früheren Güterverhältniſſes unter den Kindern deſſelben Mannes aus verſchiedenen Ehen ſich von ſelbſt begab. Wie nun bei jener natürlichen das väterliche Mundium über die Kinder früherer Ehe von ſelbſt fortdauerte, ſo wird wohl auch dieſe künſtliche meiſt die Folge gehabt haben, die elterliche Gewalt der neuen Eheleute auf die Kinder früherer Ehe zu erſtrecken, inſofern letztere noch minderjährig, ſonach elterlicher Zucht und Erziehung bedürftig waren. Mit Unrecht wird daher wohl dieſe Wirkung blos dem Einfluſſe der römiſchen Juriſten beigemeſſen, welche die Einkindſchaft als ein Analogon der adoptio und adrogatio behandelten[3]; obgleich die vertragsmäßige Einkindſchaft ſchon in ihrem Urſprunge um ſo leichter von dem Einfluſſe des römiſchen Rechtes berührt werden konnte, als ſie gerade der durch letzteres bewirkten Veränderung der Güterverhältniſſe ihren Urſprung verdankt, daher ſich ihr Daſein hiſtoriſch nicht über die Zeit des geltenden römiſchen Rechtes zurückführen läßt[4]), und ſie auch in ſüdteutſchen Gegenden, in Franken, Schwaben und am Rhein, wo das römiſche Recht zuerſt und leichteren Eingang fand, am früheſten und häufigſten vorkam, dagegen in dem, dem römiſchen Rechte weniger zugänglich geweſenen nördlichen Teutſchland zum Theil faſt ganz unbekannt blieb[5]).

Es beruht ſomit die Einkindſchaft auf einem Vertrage, welcher die Eingehung einer Ehe, ſo wie das Daſein von Kindern früherer Ehe (Vorkinder) auf Seiten beider ſich Verehelichenden oder wenigſtens eines derſelben vorausſetzt[6]). Ihr Zweck iſt, den Vorkindern dafür, daß ſie den Beſitz, die Verwaltung und Nutznießung des ihnen von ihrem verſtorbenen parens erblich zugefallenen Vermögens ihrem lebenden parens und deſſen neuem Ehegenoſſen gänzlich überlaſſen, gegen dieſe beiden die nämlichen Rechte auf Alimentation, Ausſtattung und Beerbung zu ertheilen, welche den in dieſer Ehe zu erzeugenden Kindern (Nachkindern) zuſtehen, gleich als wären ſie ebenfalls aus dieſer Ehe entſprungen. Dieſe Gleichſtellung geht aber keineswegs ſo weit, für die Vorkinder neue Standes-, Verwandtſchafts- und Familienrechte, nicht einmal Erbloosung, zu erzeugen; vielmehr bleiben in dieſer Beziehung deren bisherige Verhältniſſe durchaus unberührt und unverändert.

Nach den Statutarrechten iſt zur Giltigkeit des Einkindſchaftsvertrags vor Allem erforderlich Einwilligung ſämmtlicher Intereſſenten, nämlich der ſich Verehelichenden und ihrer Kinder früherer Ehe. Sind letztere minderjährig, ſo bedarf es der Zuſtimmung ihrer Vormünder oder näch-

3) Dieck, Artikel Einkindſchaft in der Encyclopädie der Wiſſenſchaften und Künſte, herausg. von Erſch und Gruber, Th. 22. — Ringelmann a. a. O. §. 18, 19.

4) Bodmann, rheiniſche Alterthümer, S. 914.

5) Ringelmann a. a. O. §. 11.

6) Mittermaier, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatr. (5. Ausg.), §. 368.

ſten Blutsverwandten von der Seite des verſtorbenen parens oder anderer mit ihren Verhältniſſen vertrauter Männer [7]). Ferner iſt erforderlich ſchriftliche Beurkundung und, nach vielen Statutarrechten, Beſtätigung des Vertrages durch das Gericht (Schöffengericht, Gericht des Wohnortes der Contrahenten) [8]). Um die minderjährigen Kinder vor Schaden und Nachtheil zu behüten, ſoll das beiderſeitige Vermögen genau ausgemittelt, Verzeichniſſe darüber aufgeſtellt, und von den Verwandten und Vormündern erwogen werden, ob die Kinder nicht bedeutend mehr Vermögen einſetzen, als ſie dereinſt durch Beerbung der Eltern zu erwarten haben. Ergibt ſich, daß dieſes der Fall ſei, ſo ſoll ein angemeſſener Theil des Vermögens der Kinder von der Einkindſchaft ausgeſchloſſen, und als ein Voraus und Sondergut für ſie zurückbehalten werden [9]), woran den Eltern kein Recht, außer etwa dem natürlichen parens die Nutznießung, ſo lange die Kinder minderjährig ſind, zuſteht [10]). — Nicht allein aber die Vermögensverhältniſſe, auch die Perſönlichkeit der ſich Ehelichenden, ihr Charakter und Lebenswandel, namentlich in wirthſchaftlicher Hinſicht, ſind zu berückſichtigen, und wenn hierdurch die Kinder gefährdet erſcheinen, ſo iſt es Pflicht der Verwandten und Vormünder, ihre Zuſtimmung zu der Einkindſchaft zu verweigern, ſo wie des Gerichtes, die Beſtätigung zu verſagen [11]). — Manche Statutarrechte erfordern außerdem zur vollſtändigen Wirkſamkeit der Einkindſchaft das wirkliche Daſein von Kindern aus verſchiedenen Ehen, und erklären dieſelbe für unwirkſam und erloſchen, wenn zur Zeit des Abſterbens eines Ehegatten nur Kinder aus einer Ehe vorhanden ſind [12]), wodurch der Verletzung des Notherbenrechtes der Aſcendenten der Stiefeltern vorgebeugt wird. Die entgegengeſetzte Beſtimmung enthält unter anderen das preußiſche Landrecht, erfordert aber dabei die Einwilligung der Aſcendenten der Eltern in die Einkindſchaft, und behält dieſen, wenn ſolche nicht erfolgt, ihr Recht auf den Pflichttheil vor [13]).

---

7) Solmſer Landrecht, Tit. 22. Kurpfälzer Landr., Th. 2, Tit. 25, Nr. 1. Landr. der obern Grafſchaft Katzenellenbogen, Th. 2, Tit. 2, §. 3. Beck und Lauteren, erbacher Landr., S. 275. Landr. der Grafſchaft Hohenlohe, Tit. 6, Nr. 3, 4. Stadtrecht der ehemaligen Reichsſtadt Wimpfen, Tit. 6, §. 3. Landr. des ehemaligen Hochſtiftes Würzburg, bei Schelhaß, Beiträge zur teutſchen Geſetzeskunde, 1. Heft, S. 102. Preußiſches Landr., Th. 2, Tit. 2, §. 723, 724.

8) Mainzer Landr., Tit. 2, §. 8. Solmſer Landr. a. a. O. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 1. Landr. der obern Grafſchaft Katzenellenbogen a. a. O. §. 3—5. Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 4. Landr. der Grafſchaft Hohenlohe a. a. O. §. 5. Trierer Landr., Tit. 9, §. 3, 4. Preuß. Landr. a. a. O. §. 721. Schelhaß a. a. O. S. 103.

9) Beck und Lauteren a. a. O. S. 281, 283 flg. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 1, 2. Mainzer Landr. a. a. O. §. 8, 9, 14, 15. Solmſer Landr. a. a. O. Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 4. Landr. der Grafſch. Hohenlohe a. a. O. Nr. 4. Schelhaß a. a. O. S. 108.

10) Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 8. Solmſer Landr. a. a. O.

11) Schelhaß a. a. O. §. 69. Ringelmann a. a. O. S. 36.

12) Landr. der obern Grafſchaft Katzenellenb. a. a. O. §. 12. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 7. Solmſer Landr. a. a. O.

13) Preuß. Landr. a. a. O. §. 728, 729.

Da die Vorkinder das für ſie durch die Einkindſchaft begründete Erbrecht titulo oneroso erwerben, ſo kann ihnen ſolches nicht durch letztwillige Verfügung der Eltern entzogen oder geſchmälert werden [14]), indem ſonſt den letzteren die Möglichkeit gegeben wäre, den Zweck des Einkindſchaftsvertrages einſeitig zum Nachtheil der anderen Contrahenten zu vereiteln. Wegen für ſie gefährdender Verfügungen der Eltern unter Lebenden können die Vorkinder Aufhebung des Verhältniſſes und Zurückgabe ihres Vermögens oder Sicherheit verlangen.

Die Wirkungen der Einkindſchaft erſtrecken ſich auf das Vermögen der Eltern und nur auf dasjenige der Vorkinder, welches dieſen von ihrem verſtorbenen parens erblich zugefallen, und nicht als Voraus ausgenommen worden iſt; keineswegs aber auf dasjenige Vermögen, welches die Vorkinder auf andere Weiſe erworben, insbeſondere von ihren Großeltern oder ſonſtigen Verwandten unmittelbar geerbt haben; dieſes bleibt gleichwie das Voraus von der Einkindſchaft ausgeſchloſſen [15]) und dem natürlichen parens ſteht daran nur bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Kinder die Nutznießung zu [16]). — Die meiſten Particularrechte ſtatuiren, daß die Einkindſchaft nicht allein ein Inteſtaterbrecht der Vorkinder gegen beide Eltern, ſondern auch dieſer gegen jene zur Folge habe [17]), jedoch unbeſchadet des Rechtes der Vorkinder, über das Ihrige letztwillig zu verfügen, welches Recht nur der Beſchränkung unterliegt, dem natürlichen parens den Pflichttheil hinterlaſſen zu müſſen. Ein beſonderes wechſelſeitiges Inteſtaterbrecht der Vor- und Nachkinder gegen einander aber wird durch die Einkindſchaft nicht erzeugt [18]). Als Folge derſelben iſt endlich noch zu erwähnen die elterliche Gewalt über die Stiefkinder, ſo lange dieſelben minderjährig ſind [19]).

---

14) A. M. iſt Mittermaier, Grundſätze des gem. teutſchen Privatr., §. 370. S. aber Beck u. Lauteren a. a. O. S. 293—295. Trierer Landr., Tit. 9, §. 7. Preuß. Landr. a. a. O. §. 747.

15) Mainzer Landr. a. a. O. §. 15, 16. Landr. der obern Grafſch. Katzenellenb. a. a. O. §. 7. Solmſer Landr. a. a. O. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 4. Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 7. Trierer Landr. a. a. O. §. 5. Landr. der Grafſchaft Hohenlohe a. a. O. §. 7, 8. Preuß. Landr. a. a. O. §. 736. Schelhaß a. a. O. S. 116.

16) Wimpfner Stadtr. a. a. O. Solmſer Landr. a. a. O. Landr. der Grafſch. Hohenlohe a. a. O.

17) Würzb. R. bei Schelhaß a. a. O. S. 117, §. 81. Landr. der obern Grafſchaft Katzenellenb. a. a. O. §. 11. Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 3. Solmſer Landr. a. a. O. Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 6. Trierer Landr. a. a. O. §. 5. Landr. der Grafſch. Hohenlohe a. a. O. §. 6. Preuß. Landr. a. a. O. §. 734.

18) Kurpfälzer Landr. a. a. O. Nr. 5. Solmſer Landr. a. a. O. Wimpfner Stadtr. a. a. O. Trierer Landr. a. a. O. §. 5. Landr. der Grafſchaft Hohenlohe a. a. O. Nach würzb. R. haben jedoch auch die vereinkindſchafteten Stiefgeſchwiſter unter ſich ein wechſelſeitiges Erbrecht. Schelhaß a. a. O.

19) Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 6. Landr. der Grafſchaft Hohenlohe a. a. O. §. 6. Ringelmann a. a. O. §. 22, 30.

Aufgehoben oder beendigt wird die Einkindſchaft 1) durch Uebereinkunft der Intereſſenten [20]), wobei jeder Theil ſein beigetragenes Vermögen zurückempfängt; 2) durch Eheſcheidung, wobei daſſelbe geſchieht; 3) durch Richterſpruch, in Folge erhobener Klage der Vorkinder auf Aufhebung und Auslieferung ihres Vermögens wegen ihnen nachtheiliger Wirthſchaft oder üblen Lebenswandels der Eltern [21]), ſo wie durch Reſtitution der zur Zeit der Eingehung des Vertrages minderjährig geweſenen Vorkinder, wenn ſich dieſelben in der Folge verkürzt finden [22]), welcher Fall indeß rückſichtlich der nach dem Obigen bei Eingehung des Verhältniſſes zu beobachtenden Vorſichtsmaßregeln in den Statutarrechten nicht als eintreten könnend, vorausgeſetzt wird. Ferner endigt ſich die Einkindſchaft 4) durch den Tod beider Eltern [23]); wogegen ſie nach dem Tode blos des Einen derſelben ſo lange fortdauert, bis ſich der überlebende in eine neue Ehe begibt, worauf Abtheilung oder Sicherſtellung des Vermögens der Kinder nöthig wird, oder eine neue Einkindſchaft eingegangen werden kann [24]), jedoch, nach ausdrücklicher Vorſchrift mancher Statutarrechte, nur mit den natürlichen Kindern des ſich verehelichenden **parens**, nicht aber auch mit deſſen Stiefkindern früherer Ehe [25]). G. Rühl.

Einrede (exceptio) [1]). Wenn Jemand mit einer Klage belangt wird, ſo kann von ſeiner Seite ein doppeltes Leugnen vorkommen; entweder nämlich behauptet er, daß das Recht, welches vom Kläger in Anſpruch genommen wird, nie vorhanden geweſen iſt, oder er ſtellt zwar nicht in Abrede, daß es vorhanden iſt, leugnet aber die vom Kläger aus dieſem Umſtande gezogene Folgerung, d. h. die Statthaftigkeit der Condemnation, indem er behauptet, daß jenes Recht, auf welches ſich der Kläger bezieht, durch einen hinzugetretenen Umſtand unwirkſam gemacht worden ſei. Der Begriff Einrede bezieht ſich nur auf dieſe zweite Art des Leugnens. Mit dieſem Namen bezeichnet man nämlich das Vorbringen eines Thatumſtandes von Seiten des Beklagten, wodurch er die Condemnation von ſich abzuwenden ſucht. Die Erforderniſſe dieſes Begriffes ſind im Einzelnen folgende. 1) Die durch die Einrede zu ſchützende Thatſache muß einem noch beſtehenden, ſtreng civilrechtlichen Anſpruche gegenüber ſte-

---

20) Preuß. Landr. a. a. O. §. 751.

21) Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 12. Preuß. Landr. a. a. O. §. 750. Ringelmann a. a. O. §. 38.

22) Mittermaier a. a. O. §. 370, 371. Ringelmann a. a. O. §. 41.

23) Mainzer Landr. a. a. O. §. 19. Landr. der obern Grafſchaft Katzenellenb. a. a. O. §. 10.

24) Beck und Lauteren, erbacher Landr., S. 302, verb. mit S. 264. Landr. der obern Grafſchaft Katzenellenb. a. a. O. §. 9, 10.

25) Wimpfner Stadtr. a. a. O. §. 10. Landr. der Grafſchaft Hohenlohe a. a. O. §. 10.

1) Von der hierher gehörigen Literatur verdient hier eine beſondere Erwähnung nur J. Michael Albrecht, die Exceptionen des gemeinen teutſchen Civilprozeſſes, geſchichtlich entwickelt, mit einem Vorworte von Hieronymus Bayer. München 1835.

hen[2]). Denn wo der vom Kläger geltend gemachte Anſpruch ſchon ipso iure aufgehoben worden war, da bedurfte es überall nicht der Exception, um die intendirte Verurtheilung vom Beklagten abzuwenden, da es ja eine nothwendige Bedingung einer jeden Condemnation iſt, daß das durch die Litisconteſtation geltend gemachte Recht zur Zeit derſelben noch beſtanden habe. 2) Der Thatumſtand, auf welchem die Exception beruht, muß von der Art ſein, daß er vor dem Civilrechte entweder überhaupt, oder nur unter gewiſſen Umſtänden keine Bedeutung hatte. Daher kommt es, daß Vertheidigungsgründe des Beklagten, welchen ſchon das Civilrecht volle Wirkung beilegt, z. B. Zahlung, Novation u. ſ. f. nicht in der Form der Exception der Klage entgegengeſetzt werden können. 3) Der Umſtand, auf welchen die Exception ſich gründet, muß es den Grundſätzen der Billigkeit nach für unpaſſend erſcheinen laſſen, daß die vom Kläger intendirte Condemnation verwirklicht werde[3]). 4) Der Beklagte muß ſich auf dieſen Thatumſtand ausdrücklich berufen haben. Dieſe Geltendmachung hängt genau mit der Geſchichte des gerichtlichen Verfahrens bei den Römern zuſammen. Der Prätor, deſſen Thätigkeit die Exception ihren Urſprung verdankt[4]), konnte bei der formellen Unverletzbarkeit des Civilrechtes demſelben nicht geradezu gegenübertreten, auch hatte er keine Gewalt, geſetzlich bindende Normen aufzuſtellen, um ſo weniger, als ihm ſein Amt nur auf die Dauer eines Jahres verliehen worden war. Er hatte ſeine Wirkungsſphäre überhaupt nur in der Jurisdiction, in vorkommenden Fällen; nur in dieſem Bereiche konnte er jene mildernde Thätigkeit äußern, die in der Geſtattung der Exceptionen zu Tage liegt, und eben darum konnte dieſer prätoriſche Schutz für die defenſiven Billigkeitsgründe erſt in vorkommenden Prozeßfällen eintreten. Es läßt ſich deshalb für die früheſten Zeiten mit Recht ſagen, daß bei den Exceptionen der Eintritt ihrer Wirkſamkeit und ihrer gerichtlichen Geltendmachung coincidirten[5]), da ihr Gebrauch durch eine ausdrückliche Bitte des Beklagten bedingt war. Der Zweck der Exception iſt, vom Beklagten die Verurtheilung, welche der Kläger intendirt, abzuwenden[6]). Daher verſteht es ſich von ſelbſt, daß der Beklagte, ungeachtet ſein Anſpruch größer iſt, als der des Klägers, doch niemals eine Condemnation gegen den letzteren

2) Caius, inst. IV. §. 116. Pr. J. de exceptionibus. (4. 13.)

3) Caius, inst. IV. §. 106. Pr. J. 4. 13.

4) Cicero, de inv. rhet. II. 19: nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones. — Quare in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulantur. II. 20: postulat is, quocum agitur, a praetore exceptionem extraquam—praeiudicium fiat. Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quocum agitur, exceptionem addi ait oportere. L. 3. §. 1. D. de const. pec. (13. 5.): Quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem. L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 17.

5) L. 41. D. de minoribus. (4. 4.) L. 12. D. de doli mali exceptione. (44. 4.) L. 25. §. 2. D. de probationibus et praesumtionibus. (22. 3.) L. 25. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

6) Caius, inst. IV. §. 116. Pr. §. 1—4. J. 4. 13. L. 2. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.)

erwirken kann, wenn er denſelben in der Form der Exception geltend macht. Auch erklärt ſich aus dem Geſagten die hypothetiſche Stellung der Einreden im römiſchen Privatrechte. Es wurden nämlich die vom Prätor im concreten Falle geſtatteten Einreden in die formula, welche die Inſtruction für den Judex bildete, nach welcher er den vorliegenden Prozeß entſcheiden ſollte, aufgenommen[7]), und als ein Theil derſelben behandelt. Zunächſt wurde darin das Recht des Klägers direct und hauptſächlich erwähnt, nach dieſer Grundlage dem Judex zunächſt die Condemnation aufgetragen, und von dieſer, der Condemnation, wurde zugleich noch bemerkt, daß ſie auch davon abhängen ſolle, daß dieſer oder jener ſchutzwürdige Thatumſtand nicht in der Mitte liege. Dieſe Bemerkung deutet den eigentlichen Sitz der Exception in der formula an, daher ſie gerade in umgekehrter Weiſe abgefaßt wird, als wie der Beklagte ſie vorgebracht hat[8]), und als ein Einſchiebſel, als eine Bedingung betrachtet wird, von deren Exiſtenz die Möglichkeit der Condemnation abhängt. So ſtand die Exception auch in der formula nicht als etwas Regelmäßiges, zur Giltigkeit der formula weſentlich Nothwendiges da, ſondern auch hier trat ſie nur als eine bloße Ausnahme von der Regel auf, ſo daß in dem Augenblicke, wo der prätoriſche Schutz an die Stelle des Civilrechtes trat, daſſelbe nicht ignorirt, vielmehr als geltend anerkannt wurde. Aus dieſer Stellung des exceptiviſchen Vorbringens in der formula und ihrer hypothetiſchen, meiſt negativen Faſſung, haben die meiſten neueren Rechtsgelehrten auch den Namen dieſes Rechtsmittels erklären wollen, da es nicht allein als Ausnahme in der formula vorkomme, ſondern auch gewöhnlich mit Worten, welche die Ausnahme bezeichnen, z. B. si non, nisi, anhebe. Dieſe Anſicht ſcheint indeß zu wenig dem römiſchen Geiſte zu entſprechen, als daß man ſie ohne weiteres für wahr annehmen ſollte. Zudem finden ſich auch in den auf uns gekommenen Reſten der römiſchen Jurisprudenz Beiſpiele genug von affirmativ gefaßten Exceptionen[9]). Auch ſpricht dagegen der Umſtand, daß, wenn der Kläger den exceptiviſchen Thatumſtand in dem erſten Verfahren vor dem Prätor (in iure) einbekannte, es gar nicht zu einem Judicium, zur Conception einer formula kam, ſondern ihm eben nur deshalb die Actio, das Judicium verweigert wurde[10]), was doch unzweifelhaft als eine Wirkung des Exceptionsgrundes gelten muß, und daß die in der formula verſäumten peremtoriſchen Einreden ſtets im Judicium durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nachgeholt werden konnten[11]). Endlich

7) Caius, inst. IV. §. 119: Sed ita formulae inseritur, uti conditionalem faciat condemnationem. Vgl. IV. §. 126.

8) Caius, inst. l. c. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur.

9) L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 21.

10) L. 9. pr. D. de iureiur. (12. 2.) Der Kunſtausdruck denegare exceptionem findet dann ſtatt, wenn der Klage eine vom Kläger eingeräumte Einrede entgegenſteht. L. 7. §. 6. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) L. 7. §. 8. D. de dolo malo. (4. 3.) Vgl. Albrecht a. a. O. S. 17 flg.

11) Caius, inst. IV. §. 125.

wird ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten, wo die Prozeſſe noch regelmäßig in der Form der formulae abgeſetzt wurden, die Exception von Paulus als eine Bedingung beſchrieben, welche den Beklagten bald von der Condemnation losmache, bald nur die Condemnationsſumme beſchränke[12]). Dieſe Aeußerung aber kann ſchon deshalb nicht von der in die formula aufgenommenen Exception verſtanden werden, weil dann von einer minuirenden Wirkung der Einrede nicht hätte die Rede ſein können, da auch die aufſchiebenden Exceptionen durch ihre Aufnahme in die Klagformel die Natur der zerſtörlichen annahmen, und ſo gut wie dieſe den gänzlichen Prozeßverluſt für den Kläger nach ſich zogen. Es bleibt mithin nur übrig, die angeführte Erklärung nur auf den materiellen Gehalt der Exception, d. h. auf den Exceptionsgrund, anſtatt auf die formell vorgeſchützte Einrede zu beziehen, und dann liefert freilich dieſe Aeußerung einen ſchlagenden Beweis dafür, daß der Ausdruck exceptio nicht füglich aus der formellen Erſcheinung derſelben in der formula erklärt werden könne. Der neueſte Schriftſteller über Exceptionen[13]) ſucht den Namen aus dem Umſtande zu erklären, daß das exceptiviſche Vorbringen im Gegenſatze des in der Intention geltend gemachten Civilanſpruches, als Ausnahme von der Regel habe gelten müſſen, daß Recht nur wieder durch Recht habe entkräftet werden können. Deshalb ſei die Thätigkeit des Prätors bei der Verleihung der Einreden mit dem Namen exceptio bezeichnet worden, und da der Schutz des Prätors gerade in der Vertheidigung des Beklagten ſein weſentlichſtes Feld hatte, ſo laſſe es ſich wohl erklären, warum jene Bezeichnungsweiſe eben im Bereich der Vertheidigung üblich und techniſch geworden ſei. Am richtigſten iſt es wohl, bei der Erklärung des Begriffes das darin liegende Ausſchließen der Klage durch die Exception, alſo mit anderen Worten, an die materielle Wirkung des Exceptionsvorbringens zu denken, und gerade dieſe Beziehung des Wortes wird von Ulpian in der Definition des Begriffes recht abſichtlich hervorgehoben[14]).

Was die Geſchichte der Exceptionen anlangt, ſo ſind die Nachrichten, welche die römiſchen Rechtsquellen darüber enthalten, ſehr dürftig. In den Zeiten des römiſchen Freiſtaates, wo die Prozeſſe nur in der Form der legis actiones abgeſetzt wurden, kamen Exceptionen gar nicht vor[15]). Erſt als es gewöhnlich wurde, die Prozeſſe durch Conception der formulae zu führen, finden ſich Spuren der Exception. Zu den Zeiten Cicero's war das Inſtitut bereits ausgebildet. Denn er erwähnt nicht allein die allgemeine Wirkung derſelben, ſondern bemerkt auch, daß ſie von dem Prätor in iure erbeten würden[16]). Im Anfang mußte die Ver-

12) L. 22. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 24.

13) Albrecht a. a. O. S. 13.

14) L. 2. pr. D. 44. 1: Exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

15) Caius, inst. IV. §. 108.

16) Cicero, de invent. rhet. 2, 19.

leihung eines ſolchen Rechtsmittels gegen die gegneriſche Klage als eine wahre prätoriſche Indulgenz, als ein wahres Beneficium erſcheinen, und um ſich dieß zu verdeutlichen, bedarf es nur eines Hinblickes auf ähnliche prätoriſche Inſtitute, z. B. die bonorum possessio. Denn auch dieſe galt als ein Beneficium[17]), auch dieſe ward nur auf ſpecielles Bitten des Berechtigten ertheilt[18]), und zwar in früheren Zeiten nur causa cognita, was ſpäterhin freilich nur für die bonorum possessiones decretales die Regel bildete. Aehnlich war jedenfalls auch der Bildungsgang des Inſtitutes der Einreden. Der Prätor wies erſt, ſofern es nöthig war und nach vorgängiger Prüfung des Falles eigenhändig den Judex an, ob und inwiefern derſelbe den einen oder den anderen Billigkeitsgrund bei der Entſcheidung des Prozeſſes reſpectiren dürfe. Dieſe Prüfung geſchah wohl in der Form der causae cognitio, was ſpäter in den Fällen unterblieb, für welche die nachmaligen Edicte eine Exception im Voraus verſprochen hatten, und alsdann nur noch für die Fälle angewendet wurde, in welchen der Prätor die Einrede außerhalb des Edictes ertheilte[19]). Von den in das Edict aufgenommenen Exceptionen galt es ſchon zu Cicero's Zeiten als allgemeine Regel, daß der Prätor deren Ertheilung im einzelnen Falle nicht mehr verweigern dürfe, und war dieſe Regel verletzt worden, ſo konnte ſchon damals bei den Volkstribunen Beſchwerde geführt werden[20]). Dadurch hörte die Verleihung der Exceptionen auf, eine bloße prätoriſche Indulgenz, ein wahres Beneficium im Sinne des früheren Rechtes zu ſein, und die Zuſtändigkeit derſelben ward ſeitdem nicht mehr durch den Willen des Prätors, ſondern vielmehr durch das factiſche Entſtehen des Exceptionsgrundes bedingt, wenn ſchon die formelle Geltendmachung des Rechtsmittels nicht eher erfolgen konnte, als bis der Gegner mit ſeiner Klage hervortrat. Seitdem konnte man nicht mehr, wie früher, ſagen, der Anfang der Bedeutung der Exception coincidire mit der wirklichen Gewährung derſelben im Prozeſſe, ſondern es trat der Zuſtand der exceptio nata ſimultan mit der factiſchen Begründung derſelben ein. Daher ſagen die claſſiſchen Juriſten von dieſem Zeitpunkte: exceptionem habere, tutum esse exceptione, obstare oder nocere exceptionem, obiiciendam esse exceptionem, repelli oder summoveri exceptione, competere exceptionem, partam esse exceptionem[21]), ganz analog dem Verhältniſſe bei der bonorum possessio edictalis, welche auch ſchon bei dem Tode des Erblaſſers anfällig wurde, ehe ſie vom Prätor impetrirt worden war. An dieſen Zuſtand der Dinge ſchloſſen ſich auch die anderen Gewalten im Staate, welche das Recht geſetzlich auszuſprechen hatten, um ſo bereitwilliger an, da das alte ius civile aus anderweitigen

17) L. 6. §. 1. D. de bon. poss. (37. 1.)

18) L. 3. §. 3. D. 37. 1., vergl. mit L. 8. §. 4. D. de bon. poss. contra tab. (37. 4.) L. 14. §. 1. D. ibid. Theoph., paraphr. inst. III. 9. §. 10. ed. Reitz tom. I. p. 600.

19) Caius, inst. IV. §. 118.

20) Cicero in Lucull. c. 30, pro Tullio cap. 38.

21) Die Beweiſe für dieſen Sprachgebrauch ſ. bei Albrecht a. a. O. S. 54 flg.

Gründen direct nicht abgeändert werden ſollte, und ſie erkannten in jener Thätigkeit des Prätors ein erwünſchtes Organ, der mala fides zu begegnen. Nicht allein, daß das Recht, Exceptionen in die formulae einzufügen, durch Volksſchlüſſe ausdrücklich anerkannt wurde [22]), ſo gab das Civilrecht ſpäterhin auch ſelbſt zur Entſtehung neuer Exceptionen Veranlaſſung, nämlich indirecter Weiſe durch ſeine nicht geradezu reſcindirenden leges und SC. [23]), welchen erſt der Prätor durch die Geſtattung der exceptio Wirkſamkeit verſchaffen mußte, z. B. die exceptio legis Cinciae [24]), SC. Macedoniani. Am belehrendſten wird in dieſer Hinſicht die Verfügung des SC. Velleianum, welches dem Prätor und allen übrigen richterlichen Behörden den aus der Interceſſion der Frauen hergenommenen Vertheidigungsgrund in vorkommenden Fällen nach ſeiner eigenthümlichen Weiſe empfahl [25]), und dadurch Veranlaſſung zur Einführung der exceptio SC. Velleiani gab. Dieſe Weiſe der bloßen Empfehlung beließ die Exceptionen immer noch in der Eigenſchaft als wahre prätoriſche Rechtsmittel, nur daß ſie dann den Stoff aus anderen Rechtsorganen entlehnten. Auf der anderen Seite hoben ſich im Verkehre ſchon zeitig gewiſſe, zumal ſynallagmatiſche Rechtsgeſchäfte und Verhältniſſe hervor, bei welchen gegenſeitige Treue und Glauben ſich als ganz beſonders nothwendig darſtellten, und wo eine mala fides im vorzüglichen Grade unleidlich ſchien. Dieſe Rechtsgeſchäfte wurden nun in das ius civile recipirt [26]), und zwar in der Weiſe, daß ſie, wenn auch blos nach Art des ius gentium eingegangen und gelöſt, doch als wie nach der Form des Civilrechtes begründet und wiederaufgehoben angeſehen wurden [27]). In den Prozeſſen über ſolche Rechtsverhältniſſe wurde es ſchon zeitig auch nach dem Civilrechte Regel, daß die ſonſt nur auf der Billigkeit beruhenden Einreden des Beklagten, ohne mehr einer exceptio zu bedürfen, ipso iure von dem Richter berückſichtigt wurden [28]). Vorzüglich galt dieß von der exceptio pacti und doli, welche ſich bei den bonae fidei iudicia von ſelbſt verſtanden, obſchon der Beklagte ſie nicht ausdrücklich vorgeſchützt hatte [29]). Hier, wo die naturalen Klageverhältniſſe eine weitere

---

22) Lex de Gallia Cisalp. cap. 19. col. 1. lin. 5.

23) Caius, inst. IV. §. 118. §. 7. J. 4. 13.

24) Vat. fr. §. 259. 310. L. 5. §. 2. D. de doli mali exceptione. (44. 4.) L. 5. §. 5. D. ibid. L. 21. §. 1. D. 39. 5. L. 24. D. ibid., vergl. mit Ulp., fr. 1. 1.

25) L. 2. pr. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.)

26) L. 7. §. 1. D. de pactis. (2. 14.)

27) L. 3. 4. 5. §. 1. D. 18. 5. L. 95. §. 4. D. de solutionibus. (46. 3.)

28) L. 16. §. 1. D. de minoribus. (4. 4.) L. 3. §. 3. D. pro socio. (17. 2.) L. 58. D. de haereditatis petitione. (5. 3.)

29) L. 7. §. 5. D. de pactis (2. 14.): Pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. L. 58. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) An filius nihilominus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione submoveri possit? Respondi: etsi non exciperetur, satis per officium iudicis consuli. L. 3. D. de rescindenda venditione. (18. 5.) Iulianus scripsit, ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt. Vergl. L. 6. §. 9. D. communi dividundo. (10. 2.) L. 14. §. 1. D. ibid.

Faſſung der intentio mit ſich brachten, bedurften nämlich die Thatſachen, welche die Aufhebung jener Geſchäfte herbeiführten, überall keiner formalen Exception mehr, und dieß, nichts Anderes beſagt der von dieſen Thatſachen gebrauchte Ausdruck: exceptiones bonae fidei iudiciis insunt, welcher ſich einfach aus dem Umſtande erklärt, daß die praktiſchen Juriſten ſonſt gewohnt waren, ſolche Thatumſtände als Exceptionen zu behandeln. Bei ſo kräftiger Unterſtützung von Seiten des Civilrechtes konnte es nicht fehlen, daß ſich die Exceptionen auch im Gebiete der prätoriſchen Klagerechte geltend machten. So finden wir zur Zeit der claſſiſchen Juriſten nicht allein der actio de constituta pecunia entgegenſtehende Einreden erwähnt [30], ſondern ſie kommen auch in der Publiciana in rem actio vor, ſo daß ſelbſt civilrechtliche Thatſachen in die Form der Exception gekleidet wurden [31]). Auch kam man nach und nach darauf, einzelne Clauſeln, welche ohne des Beklagten ausdrückliches Verlangen adiicirt wurden, mit dem Namen exceptio zu bezeichnen, was von der urſprünglichen Bedeutung des Ausdruckes bedeutend abwich. Am deutlichſten wird dieß in den Fällen, wo das prätoriſche Edict Klagen nur unter gewiſſen materiellen Bedingungen zuſagt, z. B. wenn es die auf eine beſtimmte Zeit beſchränkten Klagen nur unter der Vorausſetzung, daß dieſe Klagezeit noch nicht abgelaufen ſei, ertheilt, oder manches Interdict nur unter der Vorausſetzung geſtattet, daß nicht vi, clam aut precario verfahren worden ſei. Denn hier muß der Magiſtrat ſtets eine ſeinem Edicte entſprechende formula ertheilen, alſo auch unerinnert die Clauſel adiiciren, was, wenn es in der Form der exceptio geſchah, geradezu mit dieſem Namen in den römiſchen Rechtsquellen bezeichnet wurde [32]). Auch nahm man den Ausdruck exceptio für ſolche Billigkeitsgründe in Anſpruch, welche die Wirkung der Exceptionen aufheben, und gleich dieſen als beſondere Zuſätze auf ſpecielles Verlangen des Klägers in die formula eingeſetzt wurden, d. h. für die Replicationen [33]); und daß dieſer Sprachgebrauch nur von der Form und Wirkung der Exceptionen hergenommen ſein kann, ergibt ſich daraus, daß es nach den alten Rechtsbegriffen zum Weſen der Exceptionen gehörte, daß ſie einem ſtreng civilen Rechtsgrunde gegenüber ſtanden. Im ſpäteren Rechte, als in dem Prätor die lebendig neuſchaffende Quelle der Exceptionen verſiegt war, nachdem einerſeits die bisherigen Exceptionsgründe durch ihre Aufnahme in die Edicte ſich allgemeine Geltung verſchafft hatten, andererſeits durch das rechtliche Anſehen

30) L. 27. 30. u. 31. D. de constituta pecunia. (13. 5.)

31) L. 16. u. 17. D. de Publiciana in rem act. (6. 2.)

32) So annua und annalis exceptio in L. 30. §. 5. D. de peculio. (15. 1.) L. 1. §. 10. D. quando de peculio actio annalis sit. (15. 2.) Von der exceptio quod vi, clam aut precario ſ. Cic. pro Caec. cap. 8. 31. 32. L. 1. §. 11. D. de itinere actuque privato. (43. 19.) L. 7. §. 3. D. quod vi aut clam. (43. 24.) L. 22. §. 2. D. ibid. Vergl. v. Schröter, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß von Linde, Bd. 2, S. 252, und Zimmern, der römiſche Civilprozeß, §. 92, S. 288.

33) L. 2. §. 1. D. 44. 1: Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones. L. 22. §. 1. D. ibid.: Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio. Vgl. Albrecht a. a. O. S. 28—32.

der Schriften der Juriſten den civilrechtlichen Vertheidigungsgründen in ihrer Wirkung gleichgeſtellt worden waren, mußte natürlich der Name exceptio ebenfalls ſeine frühere Bedeutung verlieren. Er wurde nun nach und nach auf alle Vertheidigungsgründe des Beklagten im obſchwebenden Prozeſſe angewendet, und umfaßte in dieſem Sinne auch die alten civilrechtlichen Einreden. Als Beleg für dieſe Behauptung kann die exceptio non numeratae pecuniae gelten, nicht gerade jene alte, welche der stipulatio credendi causa facta entgegengeſetzt wurde, ſondern vielmehr die, welche dem vom Kläger producirten Chirographum entgegenſtand[34]), ferner die exceptio dotis non numeratae, welche ihrer Natur nach weiter nichts, als eine Anwendung der exceptio non numeratae pecuniae auf die Dotalverhältniſſe iſt[35]); ferner gehört hierher die völlige Verſchmelzung der Ausdrücke exceptio und praescriptio im Juſtinianiſchen Rechte[36]), welche nach dem Untergange der Präſcriptionen, die zu Gunſten des Klägers eingeführt waren, nothwendiger Weiſe eintreten mußte, ſeitdem die zu Gunſten des Beklagten im alten Rechte geſtatteten Präſcriptionen in die Form der Exceptionen übertragen worden waren[37]); auch gibt Juſtinian in dem Inſtitutionentitel, welcher ſpeciell die Exceptionen behandelt (4. 13.), die Erklärung ab, daß Exceptionen da ſtattfinden, wo die persecutio des Klägers zwar iusta[38]) (nicht mehr, wie bei Cajus[39]), ut quis iure civili teneatur), aber in Bezug auf den Beklagten iniqua ſei; zugleich rechnet er aber auch die exceptio nondum natae actionis zu den dilatoriſchen Einreden, wenn ſchon dieſelbe früherhin keinen prätoriſchen Schutz hatte, und keiner Aufnahme in die formula bedurfte[40]); endlich findet ſich eine Reihe von Einreden in den Juſtinianiſch-römiſchen Rechtsquellen erwähnt, welche doch nie als eigentliche exceptiones gegolten haben können[41]). Manche neuere Rechtsgelehrten ſtellen dieſer Beweiſe ungeachtet den Untergang des alten Begriffes der exceptio für das Juſtinianiſche Recht in Abrede und behaupten, daß die urſprüngliche Natur dieſer Vertheidigungsmittel auch noch nach dem Corpus iuris civilis als die geltende angeſehen werden müſſe[42]). Die Gründe, auf welche ſich die Vertheidiger dieſer Anſicht

---

34) L. 3. 5. 7. 8. 10. 13. 14. C. de n. num. pec. (4. 30.)

35) L. 14. §. 4. C. 4. 30. L. 3. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.)

36) L. 7. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (7. 39.) L. 2. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.) Vgl. die Titelſchrift in Dig. XLIV. 1. Cod. VIII. 36.

37) Caius, inst. IV. §. 130—133. Vergl. Albrecht a. a. O. S. 79—81.

38) Pr. J. 4. 13.

39) Caius, inst. IV. §. 116.

40) §. 10. J. 4. 13.

41) So iſt in c. 14. C. 8. 38. die Rede von testes undique idonei et omni exceptione maiores, eben ſo von Exceptionen gegen die Perſon der Zeugen in Nov. 90. praef., von der exceptio, si tutor non est, in L. 2. C. de eo, qui pro tutore negotia gessit (5. 45.) etc. Vergl. L. 4. C. ad legem Iuliam de adulteriis et stupro. (7. 63.)

42) So Heber (resp. Leistenio), diss. de eo, quod interest inter actio-

berufen, ſcheinen nicht beweiſend zu ſein. Juſtinian, ſagt man, habe den Unterſchied der exceptiones und der civilrechtlichen Einreden in ſeiner ganzen Compilation hervorgehoben, und namentlich ſei in den Inſtitutionen die Lehre von der exceptio in derſelben Weiſe dargeſtellt, wie ſie ſich bei Cajus vorfinde. Allein wenn man die Art und Weiſe erwägt, wie ſich das Corpus iuris gebildet, und die Abſicht und den Zweck betrachtet, welcher den Kaiſer bei der Compilation geleitet hat, ſo möchte gerade dieſer Umſtand minder beweiſend erſcheinen. Auch möchte ich weniger Gewicht auf die beſonderen Gründe legen, mit denen man die angeführte Anſicht zu unterſtützen pflegt, nämlich auf den Umſtand, daß Juſtinian eigends verordnet habe, es ſolle die Compenſation nunmehr ipso iure wirken, daß er überhaupt noch den Gegenſatz der bonae fidei und stricti iuris iudicia hervorgehoben, daß er insbeſondre die haereditatis petitio ausdrücklich für eine bonae fidei actio erklärt, und die an die Stelle der alten rei uxoriae actio tretende ex stipulatu actio eigends in ein bonae fidei iudicium umgeſchaffen habe; daß ferner Juſtinian hinſichtlich der Fraueninterceſſionen den Unterſchied zwiſchen ipso iure und ope exceptionis neuerlich ſancirt haben ſolle, daß noch zu Juſtinian's Zeit correi debendi gegen die Haftung für die ganze Schuld nur durch die Geſtattung der Exception ſicher waren; daß erſt Juſtinian beſtimmt habe, die Verjährung ſolle gegen die Minderjährigen ſchon ipso iure laufen, und daß endlich eingetretener Klagenverjährung ungeachtet der possessor — vor Juſtinian jedweder, nachher nur noch der malae fidei possessor — doch nicht Eigenthümer wurde, ſondern daß vielmehr der frühere Klagsberechtigte das Eigenthum behalte und daſſelbe noch auf alle andere Weiſe, nur gerade nicht mehr mit einer Klage geltend machen könne. Alles Umſtände, welche entweder auf irrigen Anſichten über das neueſte Juſtinianiſche Recht beruhen, oder aber das, was ſie beweiſen ſollen, nicht zu beweiſen vermögen[43]).

Erſt jetzt wird es möglich ſein, den für die Praxis ſo wichtigen Unterſchied zwiſchen exceptiviſchem Anführen und Litisconteſtation zu entwickeln. Zur Zeit der claſſiſchen Juriſten bezeichnete die Litisconteſtation den Schlußact des Verfahrens der Parteien vor dem Prätor, alſo den Zeitpunkt, wo die Inſtruction des Privatrichters von dem Prätor unter Zuziehung der Parteien durch die formula feſtgeſtellt und dadurch eine Grundlage für das vor dem Privatrichter abzuſetzende Beweisverfahren gewonnen wurde[44]). Daß dabei die Parteien die Umſtehenden als Zeugen aufriefen, geht theils aus der Zuſammenſetzung der Worte, theils aus einer ſpeciellen Nachricht bei Feſtus[45]) hervor; doch iſt dieß vielleicht

---

nem ipso iure nullam et ope exceptionis elidendam. Vitemb. 1700. Hübbe, de exceptione rei iudicatae (Jenae 1817), p. 35 sq. v. Löhr, im Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung, Bd. 4, S. 146 flg.

43) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 82—108.

44) Vergl. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 1—66.

45) De V. S. s. v. contestari.

ſchon zeitig unterblieben, wenn nicht die Stelle [46]), aus welcher dieß geſchloſſen wird, den Grundſätzen des ſpäteren Rechtes gemäß von den Compilatoren der Juſtinianiſchen Rechtsbücher interpolirt worden iſt. Als ſeit dem Wegfall der formulae die Prozeſſe in der Form der extraordinaria iudicia abgeſetzt und entſchieden wurden, hörte natürlich auch die Bedeutung der Litisconteſtation als eines eigenen Actes auf. Da ſich indeß ſehr viele, theils materielle, theils formelle Wirkungen aus dem alten Rechte an den Moment der Litisconteſtation knüpften, welche auch noch im ſpäteren Rechte fortdauerten, ſo ſtellte ſich für die Praxis das Bedürfniß heraus, einen Zeitpunkt für den vorliegenden Prozeß auszumitteln, an welchen die erwähnten Wirkungen für die Zukunft geknüpft werden konnten. Man half ſich in dieſer Beziehung mit einer Fiction, und verlegte dieſe Wirkungen auf den Anfangspunkt des Prozeſſes, mit anderen Worten auf den erſten Vortrag der Parteien vor Gericht, welcher der bloßen Eingabe des Klaglibells nach einer beſtimmten Friſt nachzufolgen pflegte [47]). Und noch ſpäter gewöhnte man ſich daran, auch dieſe Fiction zu vergeſſen, und den genannten erſten Vortrag geradezu als wirkliche Litisconteſtation zu betrachten, wenigſtens herrſcht dieſe Anſicht in den Juſtinianiſchen Novellen vor [48]). Jedenfalls war es dabei nur darauf abgeſehen, daß die Parteien damit ihre Streitabſicht vor dem Gerichte zu erkennen gäben [49]). Dieß ergibt ſich ſchon daraus, daß von Seiten des Klägers ohne Rückſichtnahme auf den eingebrachten Libell noch eine beſondere narratio erforderlich war, daß ferner auf Seiten des Beklagten ein einfacher, genereller Widerſpruch genügte, und daß endlich die conteſtatoriſche Narration und Contradiction in den Quellen lediglich als Solemnität bezeichnet wird [50]). Was nun die Litisconteſtation bisher geweſen, das blieb ſie auch in der Doctrin der Gloſſatoren und in der teutſchen Praxis bis zu dem jüngſten Reichsabſchiede [51]). Dabei hoben namentlich die Rechtslehrer den Umſtand hervor, daß die Einlaſſung des Beklagten bald confitendo, bald negando geſchehen könne [52]). So beſtimmt hiernach der Antheil des Beklagten an der Litisconteſtation auch eine bloße bejahende Antwort ſein konnte, ſo ſahen doch ſchon die älteſten Rechtslehrer das Ungenügende, was darin liegt, ein, und es entging ihnen nicht, daß ein Zugeſtändniß des Klagerechtes einen Streit, anſtatt denſelben herbeizuführen, denſelben geradezu verhindere. Da ferner die Abſicht des Klägers, den Prozeß zu führen, ſchon aus der Ueberreichung der Klagſchrift hervorging, ſo fing die Praxis ſchon frühzeitig an, auf Seiten des Klägers von einer Litisconteſtation Umgang

---

46) L. un. C. de litis contestatione. (3. 9.)

47) L. 14. §. 1. C. de iudiciis. (3. 1.) L. 33. C. de donationibus. (8. 54.) L. 2. pr. C. de iureiur. propter calumn. (2. 57.) Nov. 53. c. 3. Nov. 82. c. 10. in fin. Nov. 96. c. 1. Vergl. Keller a. a. O. S. 63. Daraus ſcheint L. un. C. 3. 9. zu erklären.

48) Nov. 53. c. 3. Nov. 82. c. 10. in fin. Nov. 96. c. 1.

49) Vergl. Albrecht a. a. O. S. 135.

50) Nov. 53. c. 3. §. 2.

51) Siehe Albrecht a. a. O. S. 136.

52) Glossa ad const. 14. §. 1. C. de iud. (3. 1.) ad. cap. 6. X. de exceptionibus. (2. 25.)

zu nehmen, und dieſen Begriff mehr auf den Beklagten allein zu beziehen, ſo daß man gewöhnlich darunter die Erklärung verſtand, wodurch derſelbe mittelſt eines generellen Widerſpruches gegen die Klage ſeine Streitabſicht zu erkennen gibt. So hörte die Litisconteſtation nach und nach auf, als ein zweiſeitiger Act zu erſcheinen, und man definirte ſie jetzt als die vollſtändige Beantwortung des Klagegrundes, aus welcher der Richter zu erſehen hat, inwiefern derſelbe zugeſtanden, oder inwiefern er abgeleugnet worden ſei [53]). Jedenfalls wendete man auf dieſelbe die Grundſätze des römiſchen Rechtes an, daß der Kläger den Grund ſeiner Klage zu beweiſen habe [54]), und verſchonte mithin den Beklagten mit der Beweislaſt in Betreff aller der abgeleugneten Klagepunkte, welche zum Weſen des Klagerechtes, und mithin zur factiſchen Begründung der Klage im concreten Falle gehören [55]). Alles Andere ſcheidet man davon aus und ſtellt es unter die Kategorie des exceptiviſchen Vorbringens, deſſen Erweis dem Beklagten obliegt. Freilich widerſtreitet dieß einigermaßen dem reinrömiſchen Begriffe der Exception, welche nur dann vorhanden iſt, wenn der Beklagte das Recht des Klägers an ſich nicht beſtreitet, aber ſich auf anderweitige Umſtände beruft, welche der Geltendmachung jenes Rechtes in den Weg treten. Allein im Sprachgebrauche der neueren Juriſten hat man ſich längſt daran gewöhnt, alles das Einrede zu nennen, was der Beklagte vorbringt, um das Klagerecht des Gegners zu entkräften, inſofern es nicht blos in der Ableugnung der von dem Kläger vorgebrachten Thatſachen, oder in einer Beſtreitung ſeines Rechtgrundes beruht. Damit hängt die Controverſe der neueren Prozeßlehrer zuſammen, ob es wirklich verneinende Einreden gebe oder nicht [56]). Am richtigſten unterſcheidet man hier zwiſchen der reinen, d. h. von jeder neuen Darſtellung entblößten Verneinung und der negativen Erzählung, welche dann vorhanden iſt, wenn die beklagte Partei Nichtereigniſſe vorträgt, von welchen in der Klage nichts vorgekommen iſt, und welche dennoch zum Klaggrunde gehören. Oft freilich iſt die negative Erzählung nur der Form nach eine ſolche, dem Weſen nach aber eine Einlaſſung, und fällt alſo keineswegs unter die Rubrik der negativen Einreden. Nämlich, wenn

---

53) Vergl. Goldſchmidt, über Litisconteſtation und Einreden (Frankfurt 1812), Abſchn. 2, §. 1, Abſchn. 3, §. 2; und Albrecht a. a. O. S. 163—166.

54) Vergl. Bethmann-Hollweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeſſes (Berlin 1827), S. 321—335.

55) Nach der Regel, daß die factiſche Negative keine Veränderung in der Beweislaſt begründe, welche ſchon das römiſche Recht in L. 23. C. de probat. (4. 19.) u. L. 10. C. de non num. pecunia (4. 30.) anerkennt und das Kirchenrecht beſtätigt in cap. 11. X. de probationibus (2. 19.); cap. 12. X. ibid.; cap. 23. X. de elect. et electi pot. (1. 6.); cap. 3. X. de causa possess. et propr. (2. 12.); cap. 5. X. de renunt. (1. 9.); cap. 14. X. de fide instrum. (2. 22.); cap. 1. in VI. de confessis. (2. 9.) Vergl. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 220, und beſonders Linde, von dem Beweiſe verneinender Sätze in deſſen Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Th. 1, S. 95—142.

56) Vergl. Sartorius, über verneinende Einreden, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 13, S. 415 flg.

der Beklagte verneinend eine neue Thatſache vorträgt, welche ſo weſentlich für die Klage iſt, daß ſie ohne jene nicht begründet wäre, ſo ergänzt der Beklagte die Klage mittelſt einer neuen Thatſache, und leugnet dieſe mit der Verneinung ab, wie dieß z. B. bei der ſogenannten Einrede des nicht erfüllten Contractes der Fall iſt. Hier macht das Schweigen des Klägers in der Klage das Vorbringen des Beklagten nicht zu einer Einrede; denn der Kläger hätte die fragliche Thatſache in der Klage anführen ſollen, oder ſie muß als ſtillſchweigend und implicite vorausgeſetzt angenommen werden. Gehört aber umgekehrt ein Umſtand, auf welchen der Beklagte ſeine Vertheidigung baut, nicht zur Weſenheit des Klagrechtes, ſo iſt er auch im Rechtsſinne vom Factum der Klage verſchieden; er iſt als Anführung eines beſonderen, von der Geſchichte der Klage verſchiedenen Umſtandes eine wahre, wenn ſchon negative Einrede, deren Beweis dem Beklagten obliegt. Zur Erkennung und Beurtheilung derſelben im concreten Falle mögen folgende Regeln dienen. Wenn nämlich 1) der Beklagte ſowohl die neue Behauptung eines Ereigniſſes oder Nichtereigniſſes angeführt hat, und 2) dieß Ereigniß oder Nichtereigniß in logiſcher Verbindung ein Ganzes ausmachen, ſo daß das Eine den Oberſatz, das Andere den Mittelſatz eines Schluſſes conſtituirt, deſſen Unterſatz das Geſuch (petitum) iſt, dann hat er eine Einrede negativer Natur vorgebracht. Steht dagegen das Poſitive und Negative in der Geſchichtserzählung nicht unter ſich im nothwendigen, logiſchen Zuſammenhange, und macht es nicht mit einander ein integrirendes Ganze aus, iſt alſo die Verneinung weſentlich, die poſitive Behauptung aber unweſentlich, ſo daß ſie nöthigenfalls wegbleiben könnte, ſo iſt wiederum dem Weſen nach nur eine Einlaſſung gegeben; die eingemiſchte Behauptung iſt, wo nicht als völlig wirkungslos, nur als Beiwerk und Nebenſache, und als unfähig zur Conſtituirung einer Einrede zu betrachten.

Die wichtigſten Eintheilungen der Einreden ſind: 1) in aufſchiebende (dilatoriae) und zerſtörliche (peremtoriae). Jenes ſind ſolche, welche nicht auf einem dauernden, ſondern auf einem ſpäterhin wegfallenden Grunde beruhen [57]), z. B. die aus dem pactum de non petendo temporale entſtehende Einrede, ferner die exceptio litis dividuae und litis residuae, die procuratoriae und cognitoriae exceptiones. Sie verſchieben nicht ſowohl die Wirkung der angeſtellten Klage auf eine andere Zeit (denn, ſind ſie einmal in die Formel aufgenommen und bewieſen, ſo erzeugen ſie die rei iudicatae exceptio, welche gegen jede Nachklage zuſteht) [58]), ſondern ſie ſchieben vielmehr den Gebrauch des dem Gegner zuſtehenden Klagrechtes auf den Zeitpunkt hinaus, an welchem der Grund der Exception in Wegfall kommt [59]). Daher

---

57) Caius, inst. IV. §. 122. §. 10. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 2. §. 4. D. 44. 1. L. 3. D. ibid.

58) Caius, inst. IV. §. 123. §. 10. J. 4. 13. Theoph., paraphr. inst. IV. 13. §. 10. u. 11., ed. Reitz. tom. II. p. 881, 884. Daher iſt hier Hilfe nur auf dem Wege der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand möglich. L. 15. D. de obligat. et action. (44. 7.) L. 2. D. de except. rei iud. (44. 2.)

59) Differt actionem, ſagt Ulpian in L. 2. §. 4. D. 44. 1.

muß der Kläger, welchem eine ſolche Einrede entgegenſteht, bis zu dem zuletzt angegebenen Zeitpunkte warten, ſonſt verliert er durch die Vorſchützung der Exception ſein Klagerecht unwiderbringlich. Unter peremtoriſchen Einreden verſteht man ſolche, welche auf einem dauernden, nicht wegfallenden Grunde beruhen, und alſo durch die Verſchiebung der Klage auf einen ſpäteren Zeitpunkt nicht vermieden werden können[60]), z. B. die exceptio doli mali, metus, rei in iudicium deductae, rei iudicatae, quod contra legem vel SC. factum sit, und die aus dem pactum de non petendo non temporale. Der Name kommt daher, daß die Gründe, auf welchen ſie beruhen, jeden Streit über die Sache definitiv entfernen (quod rem perimunt)[61]). Ganz verſchieden iſt die Begriffserklärung der peremtoriſchen Einreden, welche die neueren Prozeßlehrer, geſtützt auf §. 37 des jüngſten Reichsabſchiedes, aufgeſtellt haben[62]). Einige bezeichnen mit dieſem Kunſtausdrucke ſolche Vertheidigungsgründe des Beklagten, welche die Wiederaufhebung eines bereits begründeten Rechtsverhältniſſes bezielen, und dann wären alle übrigen Vertheidigungsgründe in das Bereich der Klagbeantwortung aufzunehmen. Andere definiren die peremtoriſchen Einreden als Vertheidigungsgründe, mittelſt welcher der Beklagte die an ſich begründete Klage in Concreto wegen beſonderer Verhältniſſe als unſtatthaft darſtellt. Albrecht[63]) ſucht den Begriff aus der Lehre von der Beweistheorie zu conſtruiren, und verſteht darunter ſolche vom Beklagten vorgewendeten Thatumſtände, welche die aus dem objectiv und an ſich begründeten Klaganſpruch für deſſen rechtliche Exiſtenz entſpringenden Vermuthungen zerſtören. — Identiſch mit den römiſchen Begriffen von dilatoriae und peremtoriae exceptiones ſind die temporales und perpetuae exceptiones[64]), Benennungen, welche von der Zeitweiligkeit und der Dauer des Exceptionsgrundes entlehnt ſind. 2) In exceptiones legitimae und honorariae (auch praetoriae genannt). Jenes ſind ſolche, welche ſich auf die Vorſchrift einer lex oder eines anderen Rechtsorganes, welches legis vicem obtinet, z. B. auf ein Senatusconſult gründen. Dahin gehört die exceptio legis Cinciae[65]), ferner SC. Velleiani und Macedoniani. Wahrſcheinlich gab zur Einführung dieſer Exceptionen das Civilrecht durch ſeine imperfectae leges und SC. Veranlaſſung, welchen erſt der Prätor durch die Geſtattung der Exceptionen Wirkſamkeit verſchaffte. Am belehrendſten ſind in dieſer Hinſicht die uns erhaltenen Worte des SC. Velleianum[66]), welches, ohne eine beſtimmte Exception einzuführen, gleichwohl ſeinen Inhalt den Gerichtsbehörden zu ſpecieller Berückſichtigung empfiehlt.

---

60) Caius, inst. IV. §. 121. §. 9. J. 4. 13. L. 3. D. 44. 1. L. 2. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.)

61) §. 9. J. 4. 13.

62) Vgl. Albrecht a. a. O. S. 159—206.

63) A. a. O. §. 38. S. 182—206.

64) §. 9. u. 10. J. 4. 13. L. 3. D. 44. 1. L. 26. §. 3. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 40. pr. D. ibid.

65) Vat. fr. §. 310.

66) L. 2. §. 1. D. 16. 1.

Unter honorariae oder praetoriae exceptiones verſteht man ſolche, welche nur auf das ius honorarium ſich gründen. Den römiſchen Rechtsquellen iſt dieſe Eintheilung der Exceptionen dem Namen nach unbekannt, wenn ſchon ſie der Sache nach daſelbſt begründet iſt [67]). 3) In exceptiones in ius conceptae und in factum conceptae. Manche neuere Rechtsgelehrte nehmen dieſe Eintheilung der Exceptionen nach Analogie der Klagen an, und verſtehen unter den erſteren ſolche Exceptionen, welche den Richter ihrer Faſſung nach auf einen Rechtsſatz verweiſen, unter welchen das Factum zu ſubſumiren iſt; unter den letzteren aber ſolche, welche den Richter nicht ihrer Faſſung nach auf ein Princip verweiſen, ſondern nur auf die der Exception zu Grunde liegenden Thatumſtände. Welche Faſſung vorzuziehen ſei, hing im einzelnen Falle von der Art der Klage, mitunter auch wohl von der größeren oder geringeren Beſtimmtheit ab, mit welcher das Factum vom Beklagten vorgetragen worden; auf jeden Fall aber, wenn zu wählen war, von dem Willen des Beklagten. So können die exceptiones legitimae entweder auf die lex ſelbſt verweiſen oder in factum concipirt ſein [68]); ſo wird ferner die allgemeine doli exceptio von der in factum exceptio unterſchieden, je nachdem nämlich im Allgemeinen geſagt wird, si non in ea re dolo malo Auli Agerii factum sit, oder nur darauf verwieſen wird, ob von Anfang an nicht das und das beſtimmte Factum vorgefallen ſei, z. B. ein pactum de non petendo abgeſchloſſen [69]); ſo wird endlich die in factum exceptio in Anwendung gebracht, wenn die Unwiſſenheit des Klägers jede Berufung auf den dolus deſſelben ausſchließt [70]), oder die Pietät, welche der Beklagte dem Gegner ſchuldet, die Erwähnung des dolus in der formula verbietet [71]). Eine ähnliche Unterſcheidung mag wohl auch bei den Replicationen ſtattgefunden haben, da auch von ihnen geſagt wird, daß ſie in factum concipirt werden können [72]). Der Name in ius conceptae exceptiones kommt in den römiſchen Rechtsquellen nicht vor, auch ſcheint zur Annahme einer ſolchen Exceptionsgattung die Analogie der formulae in ius und in factum conceptae wenig geeignet, da die Eigenthümlichkeit der erſteren gerade in der auf das ius civile gegründeten Intention beſteht [73]), und die Exceptionen alle prätoriſchen Urſprungs, und inſofern in factum concipirt ſind, wie ſie auch manchmal heißen [74]). Der ſpe-

---

67) Caius, inst. IV. §. 118. §. 7. J. 4. 13. L. 3. D. 44. 1. In der zuletzt genannten Stelle kommt die exceptio vor si quid contra leges Senatusve consultum factum esse dicetur. — Der Ausdruck praetoriae exceptiones bei Cic., de invent. rhet. II. 19., deutet nicht blos auf die Einreden, welche aus der Jurisdiction des Prätor ſtammen, ſondern auf alle hin.

68) Vat. fr. §. 310.

69) L. 2. §. 4. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. ibid. §. 1. J. 4. 13.

70) L. 2. §. 5. D. 44. 4.

71) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

72) L. 14. D. de fideiuss. et mandat. (46. 1.) L. 28. C. de transactionibus. (2. 4.)

73) Caius, inst. IV. §. 45 u. 46.

74) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 1. §. 4. D. de exceptione rei venditae et traditae. (21. 3.) L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 20. pr. D. de interroga-

cielle Gegenſatz der doli exceptio und der exceptio legis Cinciae erklärt ſich aus der Bemerkung, daß in factum conceptae formulae diejenigen heißen, in welchen das der Klage zu Grunde liegende Factum ſpeciell erwähnt und nur darauf, nicht aber auf das der Klage zu Grunde liegende Recht die Condemnation gegründet wird [75]). Ganz verſchieden von der hier erörterten Eintheilung der Einreden iſt die Unterſcheidung der neueren Rechtsgelehrten zwiſchen 4) exceptiones iuris seu actionis und facti seu intentionis. Jenes ſind nach der einſtimmigen Lehre der älteren Prozeſſualiſten [76]) diejenigen Einreden, mittelſt deren der Beklagte das Klagerecht entweder als gar nicht entſtanden oder als hinterher ipso iure wieder aufgehoben darſtellt. In dieſem Falle ſei nämlich keine obligatio und keine actio vorhanden; der Kläger habe gar kein Recht zu klagen, er klage mithin in via facti, de facto tantum, er intendire nur, ohne eine rechtliche Befugniß dazu zu haben. Dieſes hingegen waren ihnen die Einreden, welche das Daſein des Klagerechtes vorausſetzten, mit denen aber der Beklagte gleichwohl die Losſprechung zu erwirken vermöge, indem hier das Klagerecht, wenn auch immer nicht ipso iure, doch ope exceptionis wirke. Die erſtere Claſſe von Einreden nannte man exceptiones, quae rem ipso iure perimunt, die andere dagegen exc., quae rem ope exceptionis perimunt; erſtere waren ihnen Exceptionen im weiteren, letztere im engeren Sinne. Es beruht dieſe Eintheilung auf einem völligen Mißkennen der charakteriſtiſchen Merkmale der römiſchen exceptio. Gleichwohl hat dieſe Doctrin in den wiſſenſchaftlichen Arbeiten mehrerer Jahrhunderte Wurzel geſchlagen und dazu Veranlaſſung gegeben, beſtimmte Wirkungen mit jeder Claſſe der Exceptionen zu verbinden. Den ſogenannten exceptiones iuris legte man faſt einſtimmig folgende Wirkungen bei, daß ſie den Prozeß gleich von Anfang an verhindern; daß der Richter zu ihrer Berückſichtigung auch alsdann ſolle befugt ſein, wenn der Beklagte den Exceptionsgrund nicht ausdrücklich vorbringt; daß man das Vorbringen derſelben bis zu dem Endurtheile erlaubte, während Einreden der anderen Claſſe nur zu Anfang opponirt werden ſollten, und endlich, daß ſie auch nach bereits erlaſſener Sentenz ſollten vorgeſchützt und dadurch die Execution verhindert werden können. Gleichwohl fand man kein Bedenken, die römiſch-rechtlichen Grundſätze über die Exceptionen auf beide Claſſen von Einreden anzuwenden, namentlich folgende: reus in exceptione actor; reus exceptionem probare debet; qui exceptione utitur, non fatetur; nemo pluribus exceptionibus uti prohibetur, quamvis diversae sint. Zu den facti exceptiones rechnete man namentlich die exceptio transactionis [77]), rei iudicatae,

---

tionibus in iure faciendis. (11. 1.) L. 27. D. de pecunia constituta. (13. 5.) L. 20. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) L. 1. §. 4. D. de superficiebus. (43. 18.) L. 9. C. de non numerata pecunia. (4. 30.)

75) Caius, inst. IV. §. 46.

76) Schon in der Gloſſe ad fr. 2. pr. D. de exceptionibus und ad fr. 74. §. 2. D. de iudiciis, finden ſich Spuren dieſer Anſicht. Vergl. Albrecht a. a. O. S. 117.

77) Arg. L. 10. C. de transactionibus. (2. 4.) L. 16. C. ibid. L. 23. §. 3. D. de condictione indebiti. (12. 6.)

wozu die Pandektenſtellen Veranlaſſung gaben, welche das Judicat gleich dem Transacte behandeln [78]), solutionis, acceptilationis [79]), und novationis, und da man von ihnen namentlich die Ausdrücke finita, lis finita [80]), gebraucht fand, ſo nannte man ſie auch exceptiones litis finitae. Daß man auch die exceptio iurisiurandi und praescriptionis dahin rechnete, beruht freilich nur auf einer willkürlichen Annahme der neueren Rechtsgelehrten, zu welcher man ſich deßhalb für berechtigt hielt, weil von der erſtgenannten Einrede berichtet wird, daß der Prätor ihrethalben die actio denegirt habe [81]), und in Betreff der letzteren glaubte man, daß in einigen Stellen der Ausdruck res finita auf die Verjährung bezogen werde [82]). Für die neueren Zeiten iſt der hier erörterte Unterſchied zwiſchen exceptiones facti und iuris ohne praktiſche Bedeutung, und er wird daher von den neueren Prozeßlehrern nur hier und da, und zwar gewöhnlich in hiſtoriſcher Rückſicht erörtert. 5) In exceptiones personae und rei cohaerentes [83]). Jenes ſind ſolche, welche auf die Perſon des erſten Erwerbers beſchränkt ſind, und deßhalb nicht auf Andere übergehen, z. B. die Einrede der Competenz, welche dem Geſellſchafter, dem Parens oder dem Patron zu ſtatten kommt; ingleichen die Exceptionen, welche aus Delicten einer beſtimmten Perſon entſpringen. Daher wird von ihnen geſagt, daß ſie nur dem Hauptſchuldner, nicht aber dem Bürgen zu ſtatten kommen. Dieſes hingegen ſind ſolche Exceptionen, welche nicht allein auf die Perſon des erſten Erwerbers ſich beſchränken, ſondern auch den Bürgen und Anderen, welche für die Hauptobligation acceſſoriſch verpflichtet ſind, zu Gute kommen, wie die exceptio rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, metus etc. Als eine Eigenthümlichkeit dieſer Einreden wird es bezeichnet, daß dieſelben auch gegen den Singularſucceſſor, z. B. gegen den Käufer der Sache, angewendet werden können [84]). Eine ganz verſchiedene Bedeutung haben in den römiſchen Rechtsquellen die Ausdrücke in rem opponitur exceptio, exceptio in rem scripta est, welche gebraucht werden, um die allgemeine Faſſung einer Exception zu bezeichnen, im Gegenſatze der in der formula angedeuteten Beſchränkung auf eine beſtimmte, genannte Perſon. So heißt es z. B. von der exceptio quod metus causa, ſie ſei deßhalb in rem scripta, weil ſie nicht auf den vom jetzigen Kläger ausgegangenen Zwang ausdrücklich beſchränkt ſei, und mithin auch der von anderen Perſonen in Betreff des vorliegenden Geſchäftes ausgegangene Zwang der allgemeinen Faſſung der formula noch in Betracht kommen könne [85]). So heißt es

78) L. 229. D. de V. S. (50. 16.) L. 13. pr. D. iudicatum solvi. (46. 7.) L. 1. §. 12. D. ad SC. Tertullianum et Orphitianum. (38. 17.)

79) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 229. D. 50. 16.

80) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 1. §. 12. D. 38. 17. L. 2. §. 2. D. ne de statu defunctorum. (40. 15.)

81) L. 9. pr. D. de iureiurando. (12. 2.)

82) L. 1. §. 12. D. 38. 17. L. 230. D. 50. 16. L. 2. §. 2. D. 40. 15.

83) L. 7. pr. u. §. 1. D. 44. 1. L. 4. §. 27. D. 44. 4.

84) L. 4. §. 27. D. 44. 4.

85) L. 4. §. 33. D. 44. 1.

ferner, daß die doli exceptio von Seiten des Klägers nicht in rem gefaßt werden könne, da in derſelben ausdrücklich erwähnt werden müſſe, wer die ungerechte Handlung vollbracht habe[86]); von Seiten des Beklagten aber werde ſie in rem opponirt, da hier nicht ſpeciell ausgedrückt werde, gegen welche Perſon der dolus begangen worden, ſondern ob überhaupt derſelbe Einfluß auf das vorliegende Geſchäft gehabt habe[87]). Eine ähnliche Beziehung hat vielleicht auch der Ausdruck exceptio vulgaris rei iudicatae, welcher ſich bei den Popularklagen gebraucht findet, um die Exception zu bezeichnen, welche jeder ſpäteren Klage entgegenſteht, wenn aus demſelben Grunde ſchon früher eine Klage angeſtellt und in Folge derſelben ein Urtheil gefällt worden iſt[88]). In den vaticaniſchen Fragmenten[89]) wird der Ausdruck popularis exceptio ebenfalls ſo gebraucht, daß man darunter eine Einrede zu verſtehen hat, welche activ nicht allein dem erſten Erwerber, ſondern auch ſeinen Erben und denen, welche für die Hauptobligation acceſſoriſch verpflichtet ſind, zu ſtatten kommt. Schröter[90]) erklärt die Ausdrücke vulgaris und popularis exceptio für ſynonym, wenn ſchon aus den angeführten Stellen deutlich hervorgeht, daß der erſte nur im paſſiven, der zweite nur im activen Sinne angewendet worden, auch es ſonſt immerhin zweifelhaft bleibt, ob die genannten Ausdrücke überhaupt techniſch ſind. 6) In directae exceptiones und utiles. Jenes ſind ſolche Einreden, welche für den Fall, auf welchen ſie angewendet werden, von Anfang an eingeführt worden ſind; dieſes hingegen ſolche, die für den Fall, auf welchen ſie angewendet werden, nicht gleich von Anfang an eingeführt, ſondern erſt durch die Interpretation der Rechtsgelehrten ausgedehnt worden ſind[91]). Der Ausdruck directae exceptiones kommt in den römiſchen Rechtsquellen nicht vor; er iſt nach Analogie der directae actiones, im Gegenſatze der utiles, der ausgedehnten Klagformeln gebildet[91a]). Die geſchichtlichen Gründe, welche die Einführung der utiles exceptiones veranlaßten, ſind hauptſächlich folgende. Durch die lange Reihe inhaltsvoller Edicte war das weſentlichſte Bedürfniß für die Aufſtellung einzelner Exceptionsgründe allmälig erſchöpft worden, und zudem boten dieſelben noch die allgemeine doli exceptio, welche für alle einzelnen Fälle der Billigkeit ausreichte und als Aushilfe galt[92]). Somit war denn ſchon durch die Edicte immerhin vorgeſorgt, wenn ſie auch den einen oder den anderen Fall nicht ſpecifiſch als exceptionswürdig bezeichnet hatten, und es wird begreiflich, daß die Productivität der Prätoren hinſichtlich der Verleihung

86) L. 2. §. 1. D. 44. 1.

87) L. 2. §. 2. D. 44. 1.

88) L. 3. pr. D. de popularibus actionibus. (43. 23.)

89) Vat. fr. §. 256.

90) De popularibus seu vulgaribus exceptionibus ad legem Ciaciam in observationibus nr. V.

91) L. 21. D. de praescriptis verbis. (19. 5.). L. 13. §. 2. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) L. 41. D. de minor. XXV annis. (4. 4.)

91a) Auch bei Replicationen kommt eine ähnliche Ausdehnung vor, z. B. in L. 28. D. de noxalibus act. (9. 4.) iſt von einer utilis doli replicatio die Rede.

92) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 25. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)

neuer Exceptionen alsbald aufhörte. Nunmehr entſtanden keine eigentlich neuen Exceptionen mehr, ſondern in concreten Fällen, für welche ſich im Edicte ſelbſt keine paſſende exceptio ausmitteln ließ, und für welche wegen des Vorwaltens perſönlicher Verhältniſſe die doli exceptio nicht gebraucht werden konnte, wurde eine in factum exceptio edictalis utiliter accommodirt, und dieß iſt der Urſprung der utiles exceptiones. Daraus erklärt es ſich von ſelbſt, wie dieſelben nur in subsidium ertheilt wurden, d. h. wenn keine andere von den bekannten Exceptionen ausreichte, und gleichwohl das vorhandene praktiſche Bedürfniß, die Geſtattung eines ſolchen Rechtsmittels zu erfordern ſchien[93]). So vertraten in dieſen Zeiten die utiles exceptiones die Stelle der neuen Exceptionen. Der Name hängt jedenfalls mit utilitas, d. h. das praktiſche Bedürfniß, welches ihre Einführung veranlaßte, zuſammen. Ungewiß bleibt es freilich immerhin, ob dergleichen Exceptionen nach Analogie der utiles actiones gebildet waren, d. h. eine fictio in ihrer Conception enthielten. Man könnte verſucht ſein, den öfters bei den claſſiſchen Juriſten vorkommenden Gegenſatz von exceptio und actio utilis zur Unterſtützung einer ſolchen Annahme zu benutzen[94]), wenn ſchon derſelbe eher auf die materiellen Verhältniſſe derſelben, als auf die formelle Conception ſich zu beziehen ſcheint.

Die Stellung, welche die Exceptionen in dem Syſtem des römiſchen Rechtes einnehmen, iſt eine ſelbſtſtändige und zeigt ſich nicht allein in objectiver Rückſicht, d. h. im Gegenſatze von anderen Rechtsmitteln, z. B. der actio, dem interdictum u. ſ. w., ſondern auch in ſubjectiver, d. h. in den Verhältniſſen des Beklagten dem Kläger gegenüber im Prozeſſe, ſofern ſie ſich auf den exceptiviſchen Thatumſtand ſtützen. In objectiver Beziehung wird zunächſt der Umſtand von Bedeutung, daß die Exceptionen zum Schutze von Rechtsverhältniſſen urſprünglich dienten, aus welchen eine actio überall nicht gegeben wurde. Ein ſolches Rechtsverhältniß nannte man obligatio, quae habet auxilium exceptionis, im Gegenſatze der obligatio, quae petitionem habet[95]). Erſt ſpäter wurde es gewöhnlich, aus den Obligationen, welche eine Klage zulaſſen, auch eine Exception zu geſtatten. Dieſe Regel, welche ſchon zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten feſtſtand[96]), ſcheint nur eine Anwendung des allgemeinen Princips non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere zu ſein, da man ſich allmälig daran gewöhnte, die Exception als ein minde-

93) L. 21. D. 19. 5: Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.

94) L. 21. D. 19. 5. L. 13. §. 2. D. 20. 1.

95) L. 94. §. 3. D. de solutionibus et liberat. (46. 3.) An anderen Stellen bezeichnen freilich ähnliche Ausdrücke Obligationen, welche durch eine ihnen entgegenſtehende exceptio perpetua unwirkſam gemacht werden kann. L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 15. C. ad SC. Vellei. (4. 29.)

96) L. 156. §. 1. D. de diversis regulis iuris (50. 17.): Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit (Ulpianus, lib. 70. ad Edictum). Anwendungen dieſes Satzes finden ſich in L. 1. §. 4. D. de superficiebus. (43. 18.) L. 59. pr. u. §. 1. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) L. 8. §. 13. D. de inoff. test. (5. 2.)

res Rechtsmittel, und als einen Theil der actio anzuſehen. Doch verſteht es ſich dabei von ſelbſt, daß aus demſelben Grunde und auf denſelben Gegenſtand gerichtet, niemals Klage und Einrede gleichzeitig derſelben Perſon zuſtehen können; denn dieß würde in ſich widerſprechend ſein, da die Klage eine Veränderung des beſtehenden Zuſtandes, die Einrede aber die Beibehaltung deſſelben bezweckt[97]). — In ſubjectiver Beziehung zeigt ſich die ſelbſtſtändige Stellung der Exception beſonders inſofern, als der Beklagte, welcher die Exception geltend macht, inſoweit er dieß thut, als Kläger behandelt wird, und mithin auch die Laſt des Beweiſes des exceptiviſchen Vorbringens übernehmen muß[98]), gerade ſo wie der Kläger den Inhalt der intentio zu beweiſen hat. Der Grund dieſes Axioms liegt in der urſprünglichen Bedeutung der exceptio. Durch die Verleihung einer Exception ſollte dem Kläger die Geltendmachung ſeines civilrechtlichen Anſpruches nicht erſchwert werden, und es ſollten ihm wegen der berückſichtigten Billigkeitsverhältniſſe keine weiteren prozeſſualiſchen Laſten aufgebürdet werden, als die, welche ihm ſonſt oblagen, wo ein dergleichen Billigkeitsverhältniß nicht in der Mitte lag. Später als man den Begriff der Exception auch auf die civilrechtlichen Thatumſtände, welche der Klage entgegenſtehen, ausdehnte, blieb man bei dem oben erörterten Grundſatze ſtehen, da ja auch die civilrechtlichen Thatumſtände, welche die Wiederaufhebung eines entſtandenen Klagerechtes bezielten, von dem Beklagten erwieſen werden mußten[99]).

Das prozeſſualiſche Verfahren, welches bei der Vorſchützung der Exceptionen ſtattfand, hängt genau mit der Geſchichte dieſes Rechtsmittels und ſeiner Stellung im Syſteme des römiſchen Rechtes zuſammen. Es kam nämlich bei dem exceptiviſchen Schutze zunächſt darauf an, ob der Kläger den Thatumſtand, um deßwillen der Beklagte die prätoriſche Hilfe anſprach, in iure vor dem Prätor einbekannte oder nicht. Im erſten Falle wies der Prätor den Kläger mit der Geltendmachung ſeines Anſpruches gleichſam von der Schwelle zurück, ohne daß er über die Richtigkeit des letzteren eine Verhandlung mehr geſtattete, und ſelbſt, wenn der Beklagte das Klagrecht bereits einbekannt hatte, wurde er doch nicht als confessus in iure behandelt[100]). Dabei äußerte ſich der Prätor gar nicht darüber, daß er das Recht des Klägers nicht anerkenne, ſondern er ſah es nur ſo an, als ob ein Civilanſpruch gar nicht vorhanden geweſen wäre; er gab dem Kläger die an ſich begründete actio nicht und verweigerte ihm das iudicium (denegat actionem). An die Beſtellung eines iudex und die Conception einer formula war in dieſem Falle überall nicht zu denken. — Wurde dagegen der zu ſchützende Thatumſtand

97) Caius, inst. IV. §. 2 u. 3, vergl. mit IV. §. 116—118. L. 51. D. de obligat. et act. (44.7.) L. 2. pr. u. L. 22. pr. D. de exceptionibus. (44.1.) Vergl. Büchel, über die Wirkung der Klagenverjährung in deſſen civiliſtiſchen Erörterungen, Bd. 1, S. 8—10.

98) L. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 19. pr. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 25. §. 2. D. ibid.

99) L. 25. §. 2. D. 22. 3.

100) L. 9. pr. D. de iureiurando. (12. 2.)

des Beklagten nicht ſofort durch des Klägers Zugeſtändniß liquid, dann mußte, weil ſich der Prätor mit der näheren Unterſuchung der Sache nicht befaßte, ein Judex beſtellt, eine formula entworfen, und demſelben die Unterſuchung und nach deren Ergebniſſen die Entſcheidung der Sache darin aufgetragen werden. Da indeß der Judex in der formula nur auf die civilen Vorbedingungen der Verurtheilung und Losſprechung im Allgemeinen verwieſen war, zur Berückſichtigung von Billigkeitsgründen keine Gewalt, keine Vollmacht hatte, ſo war es nothwendig, daß der Prätor ihn in der concreten Inſtruction ſpeciell ermächtigte, dieſen oder jenen Billigkeitsgrund des Beklagten zu berückſichtigen; ſonſt durfte ihn der Judex überhaupt nicht würdigen und bei der Entſcheidung der Sache berückſichtigen. Ein abgekürztes Verfahren trat dann ein, wenn der Beklagte den Grund der Intention, d. h. den Klaganſpruch des Klägers einräumte; denn dann beſchränkte ſich das Judicium lediglich auf die Unterſuchung des Exceptionsgrundes, und von dem Beweiſe der Klage war überall nicht weiter die Rede [101]). In dieſem Falle ſchloß ſich die exceptio nicht, wie gewöhnlich, an die intentio des Klägers an, ſondern es wurde der Klaganſpruch wohl lediglich als demonstratio der formula aufgenommen und daran unter Einſchiebung der exceptio die condemnatio angehängt; überhaupt der Judex durch die formula nur zur Unterſuchung der Richtigkeit des Exceptionsgrundes angewieſen, ſo daß die Nichterwahrung des letzteren die einzige Vorbedingung der Verurtheilung wurde. Die Auslaſſung des Klaganſpruches als intentio rechtfertigt ſich ſchon dadurch, daß es nicht nur überflüſſig, ſondern für den Kläger ſogar nachtheilig geweſen wäre, wenn dem Judex noch die Unterſuchung über die Exiſtenz des Klaganſpruches ungeachtet des ſchon vorliegenden Geſtändniſſes würde aufgetragen worden ſein.

Wo die Aufnahme der exceptio in die formula nöthig war, erſcheint dies als ein rein formelles Requiſit, welches durch die Geſchichte des Rechtsmittels am einfachſten erklärt wird. Da nun die formula unter Einwilligung der Parteien durch die litis contestatio feſtgeſtellt wurde, ſo ergibt ſich für alle Exceptionen die allgemeine Regel, daß dieſelben im erſten Theile des gerichtlichen Verfahrens, welches vor dem Prätor (in iure) abgeſetzt wurde, vorgeſchützt werden mußten, wenn ſie eine Berückſichtigung in der formula und in dem Beweisverfahren, welches vor dem Judex abgeſetzt wurde (in iudicio), erhalten ſollten. Ein Nachbringen ſolcher Exceptionsgründe war in älterer Zeit, wo das formelle Element des Prozeſſes das materielle überwog, überhaupt nicht möglich. Zu Cajus Zeiten machte man eine Ausnahme in Betreff der peremtoriſchen Einreden, welche auf dem Wege der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtets nachgebracht werden konnten, daher die Regel semper peremptoria exceptio nocet [102]). Verſteht ſich indeß, nur bis zur Fällung des Endurtheiles, da überhaupt nur bis zu dieſem Zeitpunkte eine Berückſichtigung ſolcher Einreden möglich erſchien. In den

101) L. 9. C. de exceptionibus. (8. 36.)
102) Caius, inst. IV. §. 125.

Juſtinianiſchen Rechtsquellen wird allgemein die Regel ausgeſprochen, daß peremtoriſche Einreden, welche bei der litis contestatio vergeſſen worden ſind, bis zur Fällung des Endurtheiles nachgebracht werden können, ohne daß es einer Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bedürfte [103]), und die Kaiſer Diocletian und Maximian berufen ſich zur Begründung dieſer Regel auf den Inhalt des edictum perpetuum [104]). Die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand war nur dann nothwendig, wenn der Exceptionsgrund erſt nach gefällter Sentenz geltend gemacht werden ſollte [105]). Von den dilatoriſchen Einreden ward es ſchon zu Cajus Zeiten bezweifelt, ob ſie, falls ſie nicht in iure vorgebracht und in die formula eingeſetzt worden waren, auf dem Wege der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, nachgebracht werden könnten [106]), und in dem Coderrechte wird mehrmals ohne Berückſichtigung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, eingeſchärft, daß dilatoriſche Einreden am Anfang des Prozeſſes vorgeſchützt werden müſſen [107]).

Was die reſultative Wirkung der Exception anbetrifft, ſo liegt es ſchon in dem Weſen und Zwecke derſelben, daß der Beklagte von der Klage losgeſprochen werde [108]). Doch kommt ſie in dieſer Beziehung nicht den civilrechtlichen Vertheidigungsgründen gleich, welche das Klagrecht abſolut zerſtören, ſondern der Prätor mußte ſich mit einer relativen Wirkung begnügen. Daher bewirkt die auf den Grund einer Einrede erfolgte Losſprechung des Beklagten nicht das Aufheben des Klagerechtes für ſich, ſondern ſie war nur eine Vereitelung der Durchſetzung deſſelben im concreten Prozeſſe, ſie war kein tollere actionem, ſondern nur ein elidere, excludere des Klaganſpruches, daher die Exception auch oft als exclusio bezeichnet wird [109]). War aber einmal die Condemnation durch die Exception elidirt, ſo bedurfte es für den Beklagten auch in formeller Rückſicht eines nachhaltigen Schutzes, um ihn gegen die erneute Klage des Klägers zu ſchützen. Dieſer Schutz wurde zur Zeit der claſſiſchen Juriſten in den iudicia, quae imperio continentur, ingleichen in den iudicia legitima, wo eine in rem oder in factum actio vorlag, dem Beklagten durch die exceptio rei iudicatae gewährt, da man in dieſen Fällen annahm, daß die ins Judicium deducirte Obligation ipso iure fortdauere und ſpäterhin von dem Kläger wiederum in der Form der Klage geltend gemacht werden könne [110]). In den iudicia legitima, welche eine in ius concipirte in personam actio enthielten [111]), inglei-

103) L. 2. C. sententiam rescindi non posse. (7. 50.) L. 4. C. 8. 36. L. 8. C. ibid. L. 9. C. de praescriptione longi temporis. (7. 33.)

104) L. 2. C. 7. 50.

105) L. 2. C. 7. 50.

106) Caius, inst. IV. §. 125.

107) L. 12. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 19. C. de probationibus. (4. 19.) L. 13. C. 8. 36.

108) Caius, inst. IV. §. 119. L. 2. pr. §. 2. D. 44. 1. L. 17. D. de evictionibus. (21. 2.)

109) L. 2. pr. §. 1 u. 2. D. 44. 1.

110) Caius, inst. III. §. 181; IV. §. 103—107.

111) Caius, inst. IV. §. 107. Daraus iſt die ſcheinbar allgemeiner ſprechende Stelle Cai. III. §. 181, zu erklären.

chen in den legis actiones [112]) bedurfte es eines ſolchen Rechtsmittels überall nicht, da hier das in das Judicium deducirte Klagerecht ipso iure erloſch, mithin von einer Nachklage von Seiten des früheren Gegners gegen den Beklagten nicht weiter die Rede ſein konnte. Im Juſtinianiſchen Rechte, wo der Unterſchied der iudicia legitima und quae imperio continentur völlig verſchwunden iſt, iſt die exceptio rei iudicatae das allgemeine Rechtsmittel geworden, wodurch der Beklagte gegen die ſpätere Klage geſchützt wird, wenn er im früheren Prozeſſe durch die Vorſchützung einer Einrede und durch den Beweis derſelben die Condemnation von ſich abgewendet hat. Am deutlichſten wird dieß aus der Darſtellung der Sache bei Theophilus [113]). Dieſer Schriftſteller ſagt nämlich, es ſei eine Regel des alten Rechtes, daß jede vorgeſchützte und bewieſene exceptio dilatoria eine peremtoria exceptio hervorbringe, und dieſe peremtoria nennt er gleich vorher τὴν rei iudicatae παραγραφήν. Eine Ausnahme von dieſer Regel trat nach einer Conſtitution Zeno's bei der plus petitio tempore ein. Denn wenn ſchon der Kläger auch hier für den vorliegenden Prozeß ſachfällig wird, ſo verliert er doch nicht ganz und gar das Recht, den bereits ins Judicium deducirten Anſpruch ſpäterhin durch eine neue Klage geltend zu machen, doch muß er mit der Anſtellung der neuen Klage doppelt ſo lange warten, als er zu früh geklagt hatte, und zwar gegen Erſtattung der Koſten des früheren Prozeſſes [114]). Daraus ergibt ſich von ſelbſt, daß für dieſen Fall die rei iudicatae exceptio unwirkſam war. — Fragen wir nach den materiellen Wirkungen der einmal vorgeſchützten und bewieſenen Einrede, ſo enthalten dieſelben nichts Beſonderes, ſondern erklären ſich einfach aus der Natur des Judiciums. Da wo die exceptio rei iudicatae nothwendig wurde, äußert ſie alle Wirkungen der exceptiones peremtoriae, zu denen ſie gerechnet wird [115]), d. h. es wird durch die Vorſchützung derſelben jede ſpätere Realiſirung des einmal abgeurtheilten Rechtes unmöglich gemacht. Daher auf Seiten des Gläubigers die ſpätere Klage geradezu als nichtig in den römiſchen Rechtsquellen bezeichnet wird [116]); daher geſagt wird, daß ſein Klagerecht durch die Exception verloren worden ſei [117]), und eben deßhalb wird ihm der Name eines Creditor abgeſprochen [118]). Auf Seiten des Schuldners, welcher die Exception erwirbt, wird geſagt, daß ſeit Entſtehung derſelben eine Obligation gar nicht mehr vorhanden ſei [119]), daß ſie nach dem ius honorarium aufgehoben worden [120]), und daß endlich eine Nichtſchuld vorliege, wenn dasjenige gezahlt

112) Caius, inst. IV. §. 108.

113) Paraphr. inst. IV. 13. §. 10. ed. Reitz tom. II. p. 881. §. 11. p. 884.

114) §. 10. J. 4. 13. ibique Theoph., tom. II. p. 882.

115) L. 3. D. de exceptionibus. (44. 1.) Theoph. paraphr. inst. IV. 13. §. 10 u. 11. ed. Reitz tom. II. p. 881, 884.

116) L. 7. §. 8. D. de dolo malo. (4. 3.)

117) L. 59. pr. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

118) L. 55. D. de V. S. (50. 16.)

119) L. 20. §. 3. D. de liberali causa. (40. 12.)

120) L. 5. C. de pactis. (2. 3.)

werde, was wegen einer entgegenſtehenden exceptio perpetua nicht rea= liſirt werden könne 121). Mit dieſen Anſichten hängt es zuſammen, wenn anderwärts berichtet wird, daß über eine ſolche Obligation kein Conſtitut eingegangen werden 122), und daß ſie nicht zur Compenſationseinrede benutzt werden könne 123). — Mit dieſen Anſichten der römiſchen Juri= ſten über die Wirkungen der peremtoriſchen Einreden, insbeſondere der des gefällten Urtheiles hängt auch das Verfahren zuſammen, welches der Kläger zu beobachten hatte, wenn ſeiner Klage eine dilatoriſche Einrede entgegenſtand. Es blieb ihm hier weiter nichts übrig, als zu warten, bis der Grund der Einrede von ſelbſt weggefallen war 124). Denn wollte er früher klagen, ſo verlor er ſeinen ganzen Anſpruch, er mochte die Einrede einräumen oder nicht, da er im erſten Falle ſofort mit der Klage ab= gewieſen wurde, im letzteren es die Folge des geführten Beweiſes war, daß aus der conſumirten dilatoriſchen Einrede die dauernde exceptio rei iudicatae entſtand.

Die iudicia legitima verloren ſich ganz und gar, und ſo kam es nach und nach dahin, daß jedes Urtheil ope exceptionis geltend ge= macht wurde. Als ſpäterhin die Formularprocedur, theils durch die Ver= ordnungen von Diocletian und Maximian, theils durch die der Söhne Conſtantin's des Großen aufgehoben, und es gewöhnlich wurde, daß die Magiſtrate die Prozeſſe in eigener Perſon verhandelten, unterſuchten und entſchieden, ohne einen Judex zu beſtellen, ſo konnte zwar von einer Auf= nahme der Exception in die Formel überall nicht mehr die Rede ſein, doch blieben die Grundſätze, welche ſich über die Geltung der Exceptio= nen entwickelt hatten, auch noch im Juſtinianiſch=römiſchen Rechte fortbe= ſtehen, wenn ſchon von einer Bevollmächtigung des Prozeßrichters, die Ex= ception zu unterſuchen, nicht weiter die Rede ſein konnte. Damit iſt in= deß noch keineswegs geſagt, daß es demſelben allgemein zur Pflicht ge= macht worden ſei, Exceptionsgründe zu berückſichtigen, welche nicht in die formula gebracht worden waren 125). Vielmehr läßt ſich ſchon aus den Coderſtellen, welche von den dilatoriſchen Einreden berichten, daß ſie am Anfang des Prozeſſes vorgeſchützt werden müßten, wenn ſie überhaupt Be= rückſichtigung verdienen ſollten, das Gegentheil erweiſen, wenn man ſie nur von dem Standpunkte des Juſtinianiſchen Rechtes aus erläutert.

Die bisher beſchriebenen Wirkungen der Exceptionen in Betreff der Abwendung der Verurtheilung von dem Beklagten hingen mit der hypo= thetiſchen Natur derſelben und ihrer Stellung in der formula zuſammen. Dabei verſteht es ſich nach den allgemeinen Regeln, welche von dem Be= weisverfahren gelten, von ſelbſt, daß, wenn die vorgeſchützte Exception vom Beklagten nicht erwieſen wurde, ſie nicht weiter beachtet wurde.

---

121) L. 26. §. 3. D. de condictione indebiti. (12. 6.) L. 40. pr. D. ibid. L. 43. D. ibid. L. 34. §. 11. D. de solutionibus. (46. 3.)

122) L. 3. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

123) L. 14. D. de compensationibus. (16. 2.)

124) §. 10. J. de exceptionibus (4. 13.) ibique Theoph. ed. Reitz. tom. II. p. 882, §. 11. p. 883.

125) Anderer Meinung iſt Albrecht a. a. O. S. 71.

Auch wird im Allgemeinen vorausgeſetzt, daß die Wirkſamkeit der Exception nicht durch einen neu hinzutretenden Umſtand aufgehoben worden. So wenig nämlich das Civilrecht gemißbraucht werden ſollte, um eine unbillige Condemnation zu erwirken, eben ſo gerecht mußte es erſcheinen, daß die Berufung auf die aequitas, wie es bei den Exceptionen der Fall war, denjenigen verſagt wurde, welche ſich derſelben nur als eines Mittels bedienten, um der anderen Partei ihr gutes Recht zu vereiteln. In dieſem Falle, wo dem Kläger ein Billigkeitsgrund gegen die Exception zur Seite ſtand, wurde derſelbe in die formula der Exception gegenüber aufgenommen [126]) und replicatio (bei den neueren Rechtsgelehrten auch replica) genannt, weil dadurch die rechtlichen Wirkungen der Exceptionen abgewendet wurden[127]), z. B. wenn der Beklagte gegen eine actio civilis ein pactum de non petendo aufzuweiſen hatte, der Kläger aber entgegen zeigen konnte, daß auf dieſes pactum ein neues pactum de nihilominus petendo erfolgt ſei. Die Vorausſetzungen der replicatio ſind, daß die Exception dem Rechte nach dem Beklagten zuſtehe, alſo iusta ſei, aber die Billigkeit gegen ſich habe, alſo iniqua ſei, d. h. ein Umſtand vorhanden ſei, welcher es unbillig erſcheinen laſſe, daß die Einrede ihre gewöhnliche Wirkung, die Ausſchließung der Condemnation äußere, und daß der Kläger ſich auf dieſen, zu ſeinen Gunſten ſprechenden Thatumſtand ausdrücklich berufen habe. In materieller Hinſicht wird die replicatio als exceptionis exceptio [128]) behandelt, d. h. nur unter der Vorausſetzung, daß ſie entweder vom Beklagten eingeräumt oder vom Kläger erwieſen wird, berückſichtigt, in die formula mit ſolchen Worten eingefügt, welche ihre zerſtörliche Wirkung gegen die Exception bezeichnen (gewöhnlich erſcheint ſie negativ gefaßt mit si non oder alternativ mit aut si [129])), und ihre Stellung zur Exception ergibt, daß ſie überhaupt nur hypothetiſch wirken könne, d. h. unter der Vorausſetzung, daß die dem Beklagten geſtattete Exception eingeräumt oder bewieſen werde, alſo gerade unter denſelben Vorausſetzungen, unter welchen die geſtattete Exception die Wirkung der intentio, d. h. die Erzielung einer Condemnation ausſchließt. Ueber das prozeſſualiſche Verfahren, welches bei der Vorſchützung der Replication ſtattfindet, fehlen uns genauere Nachrichten. Doch läßt die Analogie der Exceptionen der Vermuthung Raum, daß, wenn der Klaggrund und die Replication ſich ſchon in iure durch Zugeſtändniſſe erledigten, die Exception verweigert und der Beklagte als in iure confessus behandelt wurde. In den übrigen Fällen aber wurde wahrſcheinlich ein

126) Caius, inst. IV. §. 126. Pr. J. de replicationibus. (4. 14.)

127) Caius, IV. §. 126. Pr. J. 4. 14. L. 27. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)

128) L. 22. §. 1. D. de exceptionibus (44. 1.): Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio. L. 2. §. 1 u. 2. D. ibid.

129) So die Replication si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret (Caius, IV. §. 126), oder aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit (Caius, IV. §. 126), oder aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit (L. 7. §. 1. D. de curatoribus furioso [27. 10.]), oder aut si rei quoque in ea re dolo actum sit (L. 154. pr. D. de R. J. [50. 17.]).

Judicium eröffnet und eine formula abgefaßt. War hier die Klage verneint, der Replicationsgrund aber zugeſtanden worden, ſo wurde der Juder ohne Rückſicht auf die Liquidität oder Illiquidität der Exception und ohne die Einſchaltung der Exception in die formula lediglich zur Unterſuchung des Klagrechtes und zur Entſcheidung der Sache nach den bloßen Vorbedingungen des ſtrengen Civilrechtes angewieſen. Dagegen bei der Illiquidität der Replication wurde er, wenn der Klaggrund und die Exception zugeſtanden worden, zur bloßen Unterſuchung der Replication beauftragt; war aber eins von beiden geleugnet, ſo wurde ihm neben der Unterſuchung der Replication auch noch die Cognition über das geleugnete Klagrecht oder die in Abrede geſtellte Exception beziehungsweiſe übertragen. — Es kam übrigens auch noch vor, daß der Beklagte dem Replicationsgrunde einen weiteren Billigkeitsgrund entgegenzuſtellen wußte, und daß auch der Kläger ſich gegen dieſen neuen Grund des Beklagten auf einen neuen Billigkeitsgrund ſeiner Seits berufen konnte, welche Thatſache dann der Prätor gegenſeitig in gleicher Weiſe zu ſchützen, und in den betreffenden Fällen des Beweisverfahrens halber in die formula aufzunehmen hatte. Was der Replication von Seiten des Beklagten entgegengeſtellt wurde, hieß duplicatio (von den neueren Juriſten gewöhnlich duplica genannt); der Satz, womit der Kläger ſich gegen die Duplik vertheidigte, hieß triplicatio (von den neueren triplica genannt)[130]. So weit ging die gewöhnliche Gliederung der formula; damit war indeß die Zahl der Zuſätze noch keineswegs geſchloſſen, vielmehr konnten dieſelben beliebig vermehrt werden, je nachdem es die Mannigfaltigkeit der Geſchäfte erforderte[131]. Der Zweck eines jeden dieſer Sätze iſt der, die Wirkung desjenigen, dem er unmittelbar entgegenſteht, zu vernichten. So hebt die Duplik die Wirkung der Replik, die Triplik die der Duplik auf u. ſ. w. Das prozeſſualiſche Verfahren, welches bei der Einfügung dieſer Zuſätze in die formula zu beobachten iſt, iſt ganz das nämliche, wie das, was für die replicatio vorgeſchrieben iſt. Die Thatgründe, auf welche die Einzelſätze ſich ſtützen, müſſen ſtets der Billigkeit entſprechen. Denn es iſt eine allgemeine Vorausſetzung derſelben, daß ſie nur ſolche Thatſachen in ihrer Wirkung ausſchließen, welche zwar dem Rechte nach zu Defenſionen benutzt werden können (iusta), deren Geltendmachung aber der Billigkeit widerſtreitet (iniqua)[132].

Es ſind noch die prozeſſualiſchen Grundſätze anzugeben, welche bei der Vorſchützung der Einreden in Betracht kommen. Dieſe ſind im Einzelnen folgende: 1) im Gebrauche einer Exception liegt noch kein Geſtändniß des Klaggrundes vor (qui excipit, non fatetur)[133]. Der Grund dieſes Rechtsprincips iſt das Streben, daß, ſo

130) Caius, inst. IV. §. 127, 128. §. 1 u. 2. J. de replicationibus. (4. 14.)

131) Caius, inst. IV. §. 129. §. 3. J. 4. 14.

132) Caius, inst. IV. §. 126—128. §. 1—3. J. de replicationibus. (4. 14.)

133) L. 9. D. 44. 1: Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur. L. 43. pr. D. de R. I. (50. 17.)

wenig dem Kläger durch die Vorſchützung der Einrede die Procedur erſchwert wird, eben ſo wenig deſſen Rolle durch den Gebrauch des Rechtsmittels erleichtert werden ſollte. War demnach der Kläger nicht im Stande, den Beweis ſeiner Klage durch directe Mittel zu erbringen, ſo konnte doch kein logiſcher Schluß von dem exceptiviſchen Vorbringen auf die Anerkennung des Klagerechtes zuläſſig erſcheinen, und es ergab ſich aus dem Princip der Beſchränkung auf den Nothfall die Aufgabe für den Judex, welcher den Beweis der Klage und der Exception zu prüfen hatte, die Unterſuchung des der Exception zu Grunde liegenden Thatverhältniſſes ſo lange zurückzuſtellen und von ihr bei der Entſcheidung der Sache ſo lange keinen Gebrauch zu machen, als es nur immer möglich war. Bei dieſem Zurückhalten mit dem exceptiviſchen Streitpunkte wurde derſelbe ſo lange Zeit ignorirt, bis der Klagbeweis durch directe Mittel des Klägers vollkommen hergeſtellt war. Wurde dieſer Beweis nicht erbracht, ſo ward die Exception gar nicht weiter berückſichtigt, ſondern es erfolgte ſchon von ſelbſt die Losſprechung des Beklagten[134]) nach dem Grundſatze actore non probante, reus absolvitur[135]). Indeß beſagt dieß Axiom keineswegs, daß die Vorſchützung einer Exception nicht auch ein Zugeſtändniß der Intention enthalten könne. Ergibt ſich aus der Actenlage auf das Evidenteſte, daß der Beklagte ſeiner Einrede gemäß die vorliegende Klage nothwendig hätte eingeſtehen müſſen, und ſich aus bloßer Frivolität hinter jenes Axiom verſtecke, ſo iſt auch unbedenklich anzunehmen, daß der Klaggrund von ihm zugeſtanden worden ſei. Ja, wenn man die Stelle des Marcellus[136]), aus welcher man die oben erläuterte Regel gebildet hat, genauer anſieht, ſo beſagt ſie nur ſo viel, daß im Vorſchützen einer Exception nicht immer ein Zugeſtändniß der Klage liege. Im Kirchenrechte hat die Regel anſcheinend eine allgemeinere Faſſung erhalten; allein auch hier läßt ſich nicht bezweifeln, daß dieſelbe nach der hiſtoriſchen Erklärung auf die oben angegebene Weiſe zu beſchränken ſei[137]). — Auf civilrechtliche Einreden war der Grundſatz ſchon von Alters her nicht anwendbar, wo bei den ipso iure zuſtehenden Defenſionen jede beſondere Veranlaſſung mangelte, den Richter in der Freiheit ſeines logiſchen Urtheiles zu beſchränken. Einreden alſo, wie die der Novation, Zahlung und Uſucapion heben das debere auf, und enthalten inſofern, als ſie vorgeſchützt werden, ein Zugeſtändniß des Klaggrundes. 2) Es ſteht Jedermann frei, mehrere exceptiviſche Thatumſtände zu ſeinen Gunſten gegen eine und dieſelbe Klage zu verbinden, was die Rechtsgelehrten mit den Worten ausdrücken: nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint[138]). Der Grund dieſes Axioms iſt in dem Umſtande zu ſuchen, daß wahre Exceptionen

134) L. 9. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 23. C. de probationibus. (4. 19.)

135) L. 19. u. 23. C. 4. 19. L. 9. C. 8. 36.

136) L. 9. D. 44. 1. verbis: non utique.

137) Cap. 23. in VI. de R. I. Exceptionem obiiciens non videtur de intentione adversarii confiteri.

138) L. 8. D. 44. 1. Vgl. L. 5. D. ibid.

einander nicht ausſchließen, und ein wahrer Widerſpruch zwiſchen denſelben ſich nicht ergeben kann, in Verbindung mit dem prozeſſualiſchen Grundſatze, daß wegen der prozeſſualiſchen Conſumtion alle Exceptionen in der formula ſtehen mußten. Auf civilrechtliche Einreden, die ſich auf Thatſachen ſtützen, welche das Klagerecht ipso iure aufheben, iſt dieſe Regel ſchon deßhalb nicht anwendbar, weil hier leicht ein Widerſpruch zwiſchen den einzelnen Vertheidigungsgründen eintreten, und inſofern von einer Cumulation dieſer Rechtsmittel nicht weiter die Rede ſein kann. 3) *Wer ſich einer Contumaz im Prozeſſe ſchuldig macht, wird aller in demſelben vorgeſchützten Einreden verluſtig.* Die neueren Rechtsgelehrten drücken dieſes Axiom mit den Worten aus: contumax non excipit. Zur Zeit der claſſiſchen Juriſten, wo die Prozeſſe in zwei Hälften, theils in iure, theils in iudicio abgeſetzt wurden, entſtand dieſe Regel aus den Formen des gerichtlichen Verfahrens. Zwar konnte, wenn der Beklagte außenblieb, ihm nicht der Verluſt der Sache als unmittelbare Folge ſeines Außenbleibens gedroht werden. Es genügte, dem Kläger die einſeitige Fortſetzung der Sache[139]) und dem Richter die Verurtheilung des abweſenden Beklagten zu geſtatten[140]). Dieſes Urtheil konnte auch ein abſolutoriſches ſein[141]), doch meiſtens wird es ein condemnatoriſches geweſen ſein, weil der Gegenbeweis und alle Einreden wegfielen[142]), auch der Judex, in ſeiner ſehr freien Weiſe, das Factiſche zu beurtheilen, wohl meiſt aus dem Aufgeben der Vertheidigung auf eine ſchlechte Sache ſchloß. Ganz ähnlich war das Verfahren in den ſogenannten extraordinaria iudicia, d. h. in den Prozeſſen, wo Ein Richter den Prozeß in eigener Perſon leitete und entſchied. Auch hier erfolgte, wenn der Beklagte außenblieb, das richterliche Urtheil nach vorgängigem Beweiſe des Klägers[143]), und der Beklagte verlor dabei durch ſein Ausbleiben die Einreden und den Gegenbeweis. Im ſpäteren Rechte, wo die extraordinaria iudicia zur Regel wurden, wird im Falle des Außenbleibens des Beklagten der Beweis des Klaggrundes immer noch von dem Kläger gefordert, als hätte ſich der Beklagte negativ eingelaſſen. Erſt wenn der Beweis der Klage vollſtändig geführt und der Beklagte verurtheilt iſt, erfolgt auch hier das Executionsverfahren[144]).

---

139) L. 13. pr. D. iudicatum solvi. (46. 7.) L. 31. §. 2. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 7. §. 12. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) Vgl. L. 13. §. 3 u. 5. C. de iudiciis. (3. 1.)

140) Cic. Verr. II. 1. 17. L. 17. §. 1. D. de inofficioso test. (5. 2.) L. 14. §. 1. D. de appellationibus. (49. 1.) L. 50. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 52. §. 18. D. pro socio. (17. 2.) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 1. C. quomodo et quando iudex. (7. 43.) L. 1. C. quibus ex causis maiores. (2. 54.)

141) L. 1. C. quomodo et quando iudex. (7. 43.)

142) L. 1. C. 2. 54.

143) L. 1. C. de appell. non rec. (7. 65.)

144) L. 1. C. quorum appell. non recip. (7. 65.) Nov. Th. 49. §. 2, 78. §. 1 u. 15. Nov. Iust. 69. c. 3. pr. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozeſſes, Bd. 1, S. 291—294.

Eine beſondere Erörterung am Schluſſe dieſes Aufſatzes verdient die Lehre von der Verjährung der Einreden. Man ſtellt hier gewöhnlich mit Recht den Grundſatz an die Spitze, daß die Einreden in der Regel unverjährbar ſeien, da es in der Natur dieſes Rechtsmittels als Vertheidigungswaffe liegt[145]), daß der Beklagte abwarte, bis er durch die Anſtellung der Klage in den Stand geſetzt werde, von demſelben Gebrauch zu machen, und es nicht, gleichwie der Kläger in ſeiner Gewalt hat, nach Gutdünken daſſelbe anzuwenden. Paulus[146]) ſpricht dieſe Anſicht ganz deutlich aus, indem er die verjährbare de dolo actio der unverjährbaren doli exceptio entgegenſetzt. Für das Detail dieſer Lehre wird die Verſchiedenheit der reinen und der abgeleiteten Einreden von Bedeutung. Rein ſind ſolche Einreden, denen ein Recht zu Grunde liegt, welches nur als Einrede, nicht aber als Klage geltend gemacht werden kann, z. B. die pacti, iurisiurandi, rei iudicatae exceptio. Abgeleitet heißen ſolche Einreden, welche ſonſt auch durch eine Klage geltend gemacht werden können und nur zufällig als Einreden gebraucht werden, z. B. die Berufung auf das Eigenthum, auf Gegenverbindlichkeiten und auf Zwang. Einreden, welche nur gegen das Recht gerichtet ſind, und auf einem reinen Exceptionsrechte beruhen, ſind unverjährbar. Daß diejenigen Einreden, welche aus einem vorhandenen Klagerechte abgeleitet ſind, und nur zufällig und aus Gründen einer beſonderen Billigkeit als Einreden geltend gemacht werden, während die Klagerechte, auf denen ſie beruhen, einer Verjährung unterliegen, wird von einer Menge der angeſehenſten Rechtsgelehrten[147]) behauptet, und in dieſer Beziehung die Regel aufgeſtellt: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Zunächſt iſt ſo viel gewiß, daß der in L. 5. §. 6. D. de doli mali et met. exc. (44. 4.)[148]) für die Unverjährbarkeit der doli exceptio angeführte Grund nicht auf Einreden paßt, welche ſich auf ein klagbares Recht ſtützen. Freilich hing es auch hier nicht vom Beklagten ab, den Gegner zur Klage zu zwingen, aber dieß entſchuldigt ihn nicht, wenn er es unterlaſſen hat, ſeinerſeits als Kläger aufzutreten und ſein klagbares Recht zu verfolgen. Auch const. 5. C. de exceptionibus (8. 36.), welche gewöhnlich zur Unterſtützung jener Anſicht angeführt wird, ſcheint für die Unverjährbarkeit der abgeleiteten Einreden nichts zu beweiſen. In dieſer Stelle entſcheiden die Kaiſer Diocletian und Maximian, daß ein Vertriebener, obgleich er das Interdictum de vi nur innerhalb Jahresfriſt anſtellen könne, dennoch durch eine bleibende Einrede geſchützt werde, wenn er ſpäterhin wieder zum Be-

145) Caius, inst. IV. §. 116. Pr. J. 4. 13.

146) L. 5. §. 6. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.) Vergl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der geſammten Verjährungslehre, Th. 2, S. 22.

147) So Hugo Donellus, comm. iuris civilis, XXII. 2; A. D. Weber, Beiträge zu der Lehre von den gerichtlichen Klagen und Einreden, S. 21—27; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 5, S. 446 flg.; Thibaut, Beſitz und Verjährung, S. 151.

148) Eine ausführliche Erläuterung dieſer Stelle findet ſich bei Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 22—24.

ſitze gelangt iſt. Dieſe bleibende Einrede iſt aber offenbar keine andere, als die des Eigenthums, da der Vertreibende in Folge der Gewaltthätigkeit kaiſerlichen Verordnungen gemäß ſein Eigenthum verliert. Wenn er alſo weiterhin noch die Sache als eine ihm angehörige in Anſpruch nehmen will, ſo ſteht ihm natürlich eine bleibende Einrede entgegen. Endlich beruht es auf einem bloßen Mißverſtändniſſe, wenn man für jene Anſicht auch den Grund geltend macht [149]), daß ja durch die Aufhebung einer Klage mittelſt der Verjährung noch nicht das Recht ſelbſt ausgeſchloſſen werde, und alſo wegen des an ſich nicht aufgehobenen Rechtes allerdings eine Einrede ſtattfinden könne. Denn nach richtigeren Begriffen von der Wirkung der Verjährungseinrede, wird durch dieſelbe nicht allein die Klagmöglichkeit ausgeſchloſſen, ſondern auch das ganze Recht vernichtet, da, wenn die Exception zugeſtanden, die Klage denegirt wird und, wenn ſie im Laufe des Prozeſſes bewieſen wird, aus derſelben die Einrede des gefällten Urtheiles entſteht [150]). Es ſcheint demnach wohl richtiger für die abgeleiteten Einreden eine gleiche Verjährungsfriſt anzunehmen, wie für die Klagrechte, aus denen ſie entſpringen [151]); nicht allein deßhalb, weil der geſchichtliche Gang der Einredenlehre dafür ſpricht, daß erſt ſpäterhin die Anſicht aufgekommen ſei, aus zuſtändigen Klagerechten auch Einreden zu geſtatten, ſondern auch deßhalb, weil die Gründe, welche die Einführung der Klagenverjährung veranlaßt zu haben ſcheinen, in gleichem Maße auf die abgeleiteten Einreden anwendbar ſind, da es ja nur in der Willkür des Excipienten geſtanden, das zur Einrede benutzte Recht auf dem Wege der Klage geltend zu machen [152]). Auch iſt dieſe Anſicht ganz dem Grundſatze gemäß, daß der Beklagte bei der Vorſchützung einer exceptio als Kläger zu betrachten ſei, und es ſtimmt auch ſonſt mit dem prozeſſualiſchen Verfahren der Römer überein, ſo gut man ſich auf dem Wege der Einrede auf Verjährung berufen kann, auch gegen das der Einrede zu Grunde liegende Recht auf Verjährung durch den Gebrauch einer Gegeneinrede ſich zu berufen. — Von den Einreden, welche nicht das Recht des Gegners unmittelbar, ſondern nur den Gang der Rechtsverfolgung und die Beweismittel betreffen, gilt ebenfalls die Regel, daß ſie einer Verjährung nicht unterworfen ſind. Eine bekannte Ausnahme davon bildet die Einrede des nicht gezahlten Geldes (exceptio non numeratae pecuniae), welche gegen Empfangsbeſcheinigungen zuſteht. Im vorjuſtinianiſchen Rechte verjährte dieſelbe innerhalb fünf Jahren [153]). Im Juſtinianiſchen Rechte iſt darüber Folgendes be-

---

149) So Weber, Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einreden, S. 24.

150) Vgl. Büchel, über die Wirkung der Klagenverjährung in deſſen civiliſtiſchen Erörterungen, Bd. 1, Nr. 1.

151) So Sommer, in deſſen rechtswiſſenſchaftlichen Abhandlungen (Gießen 1808, 8.), S. 1—56; Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 23 flg.

152) Die Klagenverjährung wird als eine Strafe für die Nachläſſigkeit des Klägers angeſehen. L. un. Th. C. de act. certo tempore finiendis. (4. 14.) L. 2. u. 3. C. de annali except. (7. 40.)

153) L. 1. Hermog. Cod. de cauta et non num. pecun. §. un. J. de litterarum obligatione. (3. 22.)

ſtimmt. Wenn Schuldverſchreibungen in Beziehung auf den Empfang einer Geldſumme oder einer anderen Sache ausgeſtellt ſind, ſo kann die Einrede binnen einer doppelten Jahresfriſt gebraucht werden, und daß dieſe Friſt ein tempus continuum ſei, wird ausdrücklich bemerkt[154]). Gegen Zahlungsſcheine (Quittungen) kann die Einrede nur innerhalb Monatsfriſt (intra triginta dies) ſtattfinden. Daß auch dieſe Friſt ein tempus continuum ſei, iſt zwar nicht ausdrücklich bemerkt[155]); es läßt ſich aber nicht füglich anders annehmen, wenn man bedenkt, daß die vorher erwähnte zweijährige Friſt ebenfalls ein ſolches iſt. Ueber die Verjährungsfriſt der exceptio dotis cautae non numeratae, welche ihrem geſchichtlichen Urſprunge nach identiſch iſt mit der exceptio non numeratae pecuniae, aber durch ſpecielle Verordnungen Juſtinian's eigenthümliche Verjährungsfriſten erhalten hat, ſ. d. Art. Brautgabe. — Manche neueren Rechtsgelehrten[156]) haben ſich zu der ſeltſamen Behauptung verleiten laſſen, daß heutzutage die Unverjährbarkeit der Einreden ganz wegfalle, weil der Gebrauch der provocatio ex lege si contendat ein Mittel an die Hand gebe, den Gegner zur Anſtellung der Klage zu nöthigen. Allein, wie ſchon Unterholzner[157]) bemerkt hat, wäre es ſeltſam, wenn man auf der einen Seite das Recht zur Herausforderung nur als Nothhilfe anerkennt, und auf der anderen die Einreden der Verjährung unterwerfen wollte, um die Nothhilfe nothwendig zu machen.

Wir wenden uns nun zu den einzelnen Einreden.

Exceptio Anastasianae legis [1]) heißt nach der gewöhnlichen Meinung der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, welche der debitor cessus dem Ceſſionar entgegenzuſtellen befugt iſt, wenn dieſer die an ihn abgetretene Forderung um einen geringeren Kaufpreis, als der Gegenſtand derſelben beträgt, an ſich gebracht hat, und jetzt von ihm die ganze

154) L. 14. pr. C. de non num. pecunia (4. 30.) §. un. J. de litterarum obligatione. (3. 22.)

155) L. 14. §. 1. C. 4. 30.

156) So Kori, von der Verjährung, S. 90.

157) A. a. O. Th. 2, S. 23.

1) Literatur: Bach, exercitatio iuris civilis de lege Anastasiana (Lips. 1755), in eiusdem opusc. ed. Klotz (Halae 1767), nr. IX. p. 363 sq. Reinoldi, diss. ad legem Anastasianam XXII. Cod. mandati in eiusdem opusculis iurid. ed. a Iuglero, p. 279 sq. Gmelin, curſoriſche Bemerkungen über das Anaſtaſianiſche Geſetz; in den gemeinnützigen juriſtiſchen Beobachtungen und Rechtsfällen, Bd. 4, S. 185 flg. Curtius, diss. de finibus exceptionis legis Anastasianae caute regundis. Lips. 1789. Schele, spec. de iustis limitibus lege Anastasiana nominis cessioni positis. Helmst. 1794. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 16, S. 458—474. Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte, §. 53 (3. Ausg.), S. 531—551. Burchardi, Beweislaſt in Betreff der lex Anastasiana, im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 18, Nr. 8, S. 197—224. Brackenhöft, inwiefern iſt das Berufen auf die ſogenannte lex Anastasiana eine Einrede und und der Beweis vom debitor cessus zu führen? im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 23, Nr. 6, S. 189—216. Unterholzner, quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des römiſchen Rechtes von den Schuldverhältniſſen, mit Berückſichtigung der heutigen Anwendung. Herausgeg. von Huſchke, Bd. 1, S. 603 flg.

Summe der Obligation einklagt. Sie ſtützt ſich auf eine Verordnung des Kaiſers Anaſtaſius [2]), deren Zweck es war, den Schuldner gegen Willkür und Chicane zu ſchützen, wenn ſchon ſich nicht ſagen läßt, daß der Kaiſer die ihm vorſchwebende Idee ſcharf und beſtimmt aufgefaßt, und klar und würdevoll ausgeſprochen habe [3]). Wir haben erfahren, ſagt der Kaiſer, daß gewiſſe Leute, welche ſich auf Koſten Anderer zu bereichern trachten, darauf ausgehen, ſich Ceſſionen der Klagerechte Anderer zu erwerben, und ſo den ſtreitenden Parteien allerlei Beſorgniſſe erregen, indem es ausgemacht iſt, daß ein Jeder ſeine unzweifelhaften Klagerechte lieber ſelbſt geltend macht, als daß er ſie auf Andere überträgt. Dergleichen Beginnen ſolle in Zukunft geſteuert werden (denn es leide keinen Zweifel, daß derjenige, welcher ſo eine erlangte Ceſſion erſtrebte, als redemtor litis [4]) zu betrachten ſei), doch in der Art [5]), daß, wenn er, der Ceſſionar, einen Preis dafür gegeben habe, ihm nur geſtattet ſein ſolle, bis zum Betrage des gezahlten Preiſes und deſſen Zinſen die Klage anzuſtellen, ſelbſt wenn im mandatum actionis ausdrücklich geſagt worden wäre, daß ihm die ganze Forderung abgetreten worden. Von dieſer Verordnung ſollen nur die Fälle ausgenommen ſein, wenn Miterben, Fideicommiſſarien und Legatarien ſich bei ihren Auseinanderſetzungen gegenſeitig Forderungen abtreten, ferner wenn ein Gläubiger ſich für ſeine Forderung ein Activum ſeines Schuldners abtreten läßt (alſo im Fall der nominis in solutum datio), und endlich wenn der Beſitzer von Sachen, welche ein Anderer mit der hypothekariſchen Klage in Anſpruch nimmt, deſſen Forderung auf ſich übertragen läßt, um ſich den Beſitz dieſer Sachen zu erhalten. Außer dieſen Fällen ſollen keine Ausnahmen zugelaſſen werden; indeſſen wird noch hinterher beſtimmt, daß das Geſagte auf Schenkungen überall nicht gehe, nicht blos in Rückſicht der speciell ausgenommenen Fälle, ſondern für Schenkungen ſollen überhaupt die Beſchränkungen des Geſetzes wegfallen. Zu dieſer Verordnung des Anaſtaſius beſitzen wir noch eine declaratoriſche Verordnung Juſtinian's [6]). Er beginnt mit der Erzählung, daß Anaſtaſius vorgeſchrieben, mit Ausnahme einiger beſtimmten Fälle, ſolle der Ceſſionar nicht mehr erhalten, als er gegeben. Dieß Geſetz ſuche man aber zu chicaniren, indem man den einen Theil der Forderung verkaufe, den anderen verſchenke. Deßhalb verbiete er dieſe Procedur, erlaube aber eine nicht ſimulirte Schenkung der ganzen Forderung. Im erſten Falle ſolle der Ceſſionar (gleichviel ob er

---

2) L. 22. C. mandati vel contra. (4. 35.)

3) Eine freilich mehr ſcharfſinnige als wahre Lobrede des Geſetzes findet ſich in Bach, de lege Anastasiana diss. §. IV. in opusc. p. 377 sq.

4) So heißen in der Kunſtſprache der römiſchen Juriſten die, welche eine Art Gewerbe daraus machen, die Führung fremder Prozeſſe ins Gedinge (entreprise) zu nehmen. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 30, S. 364—366.

5) Die Worte ita tamen bilden eine Beſchränkung zu den Worten huiusmodi conamen inhiberi, und der Satz nec enim — confici cupiunt, muß als Parentheſe in Klammern geſetzt werden. Dieſe Bemerkung entging Brackenhöft, im Archiv, Bd. 23, S. 194, und hat zu Mißverſtändniſſen Veranlaſſung gegeben.

6) L. 23. C. ibid.

das Geſchäft in eigener Perſon oder durch Mittelsperſonen abgeſchloſſen habe) nicht mehr erhalten, als er dem Contracte nach an baarem Gelde für die Forderung bezahlt habe; der Ueberſchuß, welcher durch Schenkung übertragen worden, ſolle von beiden Seiten (von der des Cedens und der des Ceſſionars) unberückſichtigt bleiben, alſo weder dieſer noch jener irgend einen Vortheil oder zu deſſen Einhebung irgend eine Klage erhalten. Endlich ſollen ſimulirte Schenkungen des Ganzen, welche einen Kauf in ſich enthalten, nur die Einhebung von ſo viel gewähren, als für die angeblich geſchenkte Forderung in der That gegeben worden, und wenn der Ceſſus ſo viel geleiſtet hat, ſollen aus der angeblichen Schenkung keine weiteren Beläſtigungen für ihn und ſein Vermögen entſtehen. In einer ſpäteren Conſtitution, von welcher ſich ein Auszug in den Baſiliken[7]) findet, und als lex restituta in die Ausgaben des Juſtinianiſchen Codex aufgenommen worden iſt[8]), hat Juſtinian eine Aufhebung der Ausnahmen verfügt, welche Anaſtaſius außer der Schenkung noch zugelaſſen hatte, und feſtgeſtellt, daß auch in dieſen Fällen der Ceſſionar nicht mehr erhalten ſolle, als der Kaufpreis der Forderung ſammt Zinſen beträgt. — Ueber das Verhältniß dieſer Verordnungen zu einander herrſcht unter den neueren Rechtsgelehrten eine große Verſchiedenheit der Meinung. Die gewöhnliche, welche auch Mühlenbruch[9]) und Burchardi[10]) ausgeſprochen haben, betrachtet die erſte Verordnung Juſtinian's als ein Geſetz, welches den von Anaſtaſius nur im Allgemeinen ausgeſprochenen Effect der Ceſſion für einen concreten Fall (nämlich den der ſimulirten Schenkung) verdeutlicht und genauer bezeichnet habe, und es iſt demnach ganz conſequent, wenn ſie den von Juſtinian auch für den Cedens verordneten Verluſt des Ueberſchuſſes auf alle von Anaſtaſius verbotenen Geſchäfte ausdehnen. Anderer Meinung waren freilich die alten Codexcommentatoren, welche die Juſtinianiſche Verfügung ſpeciell erklärten, nur auf den Fall der ſimulirten Schenkung einſchränkten, und deßhalb annahmen, daß die Einhebung des Ueberſchuſſes in den von der Anaſtaſiſchen Conſtitution nicht ausdrücklich ausgenommenen Fällen dem Cedenten verbleibe[11]). Auch nahmen dieſelben das Gleiche nach der neueſten Conſtitution Juſtinian's in den Fällen an, welche das Anaſtaſiſche Geſetz ausgenommen und Juſtinian ausdrücklich aufgehoben hat[12]). Und dadurch beſtätigt ſich

---

7) Basil. lib. XIV. tit. 1. th. 86. ed. Fabr. tom. II. p. 170, ed. Heimb. tom. II. p. 152. Mühlenbruch, a. a. O. S. 538, Note 58, hält die Exiſtenz dieſer Conſtitution für zweifelhaft, und glaubt, daß den Baſilikencompilatoren eine griechiſche Verſion der L. 23. C. mandati in die Hände gefallen, und von ihnen für eine beſondere Conſtitution gehalten worden ſei. Vgl. dagegen Witte, die leges restitutae des Juſtinianiſchen Codex, S. 32, deſſen Gründe jetzt auch durch das Zeugniß des alten Codexſcholium aus der Coislin'ſchen Handſchrift (Heimbach, II. p. 153) verſtärkt werden.

8) Als L. 24. C. mandati.

9) A. a. O. S. 550.

10) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. 18, S. 206.

11) Bas. ed. Heimbach, tom. II. p. 152. schol. 2.

12) Bas. l. l. tom. II. p. 153.

die Meinung von Brackenhöft [13]), welcher das Anaſtaſiſche Geſetz für ſich ſelbſtſtändig und ohne Rückſicht auf die Juſtinianiſche declaratoriſche Verordnung dahin erklärt, daß bei jeder Ceſſion, welche nicht aus einem im Geſetze beſonders benannten Grunde geſchehe, der Cedent als vom Ceſſionar übervortheilt erſcheine, inſofern dieſer mehr empfange, als er gegeben hat, und daß mithin, während es dieſem nur erlaubt ſei, dasjenige vom Debitor zu fordern, was er wirklich dem Creditor gezahlt hat, dem Cedenten die Klage auf den Ueberſchuß gelaſſen werden müſſe. Dieß ſei nicht allein dem Zwecke des Geſetzes angemeſſen, ſondern folge auch aus dem Rechtsgrunde, der im Geſetze ausgeſprochen worden ſei. Juſtinian's Verordnung erklärt derſelbe Schriftſteller von einem anderen Geſichtspunkte aus [14]). Dieſer Kaiſer, ſagt er, faſſe im Fall der ſimulirten Schenkung die Sache nicht von der Seite auf, daß der Cedent durch die Ueberredung zur Ceſſion nicht übervortheilt werden, ſondern vielmehr von der, daß der Ceſſionar keinen Vortheil dadurch erlangen ſolle, wenn der Cedent ſelber die Vortheile des Anaſtaſiſchen Geſetzes, d. h. die Befugniß, den Ueberſchuß einzuheben, durch die ſimulirte Schenkung des Ueberreſtes von ſich weiſt, und um dieſer Anſicht gebührende Anerkennung zu verſchaffen, gebe er das vom Cedenten giltig umſonſt Aufgegebene dem debitor cessus. Er meine deßhalb auch [15]), von Rechtswegen habe dieß eigentlich auch den Debitoren ſchon von der Zeit des Anaſtaſiſchen Geſetzes zu Gute kommen ſollen, jedoch beſinne er ſich, und ſage: es ſei doch beſſer, daß dieß erſt für die Zukunft gelte. — Nach dieſen Bemerkungen wird es kaum noch einer Erwähnung bedürfen, daß es eine völlig grundloſe Behauptung iſt, wenn manche neuere Rechtslehrer den fraglichen Ueberſchuß nach der Anaſtaſiſchen Verordnung dem Fiscus zuſprechen. Denn abgeſehen davon, daß in dem Geſetze von einer eigentlichen Strafe nirgends die Rede iſt, ſo iſt auch die Analogie des Falles, wenn der Gläubiger ſeinem Gegner durch das Vorſchieben eines mächtigeren Gegners läſtig zu fallen ſucht, viel zu willkürlich, als daß ſie gegen allgemeine Rechtsgrundſätze und ausdrückliche Zeugniſſe der Alten entſcheiden könnte.

Um die Anwendung des Geſetzes in der heutigen Praxis zu zeigen, wird es noch folgender Bemerkungen im Einzelnen bedürfen. 1) Das Anaſtaſiſche Geſetz iſt nur von gekauften Forderungen zu verſtehen. Zunächſt leiten ſchon die Ausdrücke der Conſtitution darauf [16]), und bei einem correctoriſchen Geſetze, wie das unſrige, iſt es Pflicht des Auslegers, ſtreng bei dem Wortverſtande ſtehen zu bleiben, und alles Argumentiren ex ratione legis iſt ſchlechthin verwerflich. Daß aber unter den Aus-

13) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. 23, S. 200—202.
14) Im Archiv a. a. O. S. 204—206.
15) L. 22. §. 3. C. 4. 35.
16) L. 22. C. 4. 35: Si quis datis pecuniis subierit cessionem ... Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 539—543. Deßhalb läßt auch Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältniſſen, Bd. 1, S. 604, die lex Anastasiana bei dem Tauſche nur dann zu, wenn in demſelben ein Kauf verſteckt liegt.

nahmsfällen auch ſolche genannt ſind, welche ohne baares Geld bewerkſtelligt werden können, kann hier nicht in Betracht kommen, weil bloße argumenta a contrario aus dem angeführten Grunde ebenfalls ausgeſchloſſen bleiben müſſen. 2) Das Geſetz darf nur auf eine Ceſſion ſolcher Klagen, die auf Verfolgung fungibler Sachen zuſtehen, bezogen werden. Denn ein Abzug des zu wenig Bezahlten von dem Gegenſtande der Forderung iſt ja ſonſt nicht denkbar. 3) Das Geſetz redet nur vom Privathandel mit Schuldforderungen und leidet folglich auf einen sub hasta geſchehenen Verkauf keine Anwendung. 4) Die geſetzliche Beſchränkung fällt in den Fällen weg, wo die Natur des Geſchäftes eine genaue Ausmittelung der Summe, welche für die abgetretene Forderung bezahlt wurde, unmöglich macht, z. B. wenn eine universitas nominum, wie ein Calendarium, cedirt wird, oder ein ganzes Vermögen, wie eine Erbſchaft, Gegenſtand des Handels war. 5) Das Geſetz kann nicht auf den Verkauf von Staatsſchuldſcheinen und anderer auf den Inhaber lautenden Papiere angewendet werden. Dieſer Satz iſt allgemein anerkannt [17]; nur über den Grund deſſelben ſtreitet man. Manche finden ihn in einem ſtillſchweigenden Verzichte des Ausſtellers auf die Einrede des Anaſtaſiſchen Geſetzes, Andere ſuchen ihn aus dem Weſen des Handels mit ſolchen Papieren herzuleiten. Denn der Zweck, welchem dieſe Papiere dienen ſollen, würde ganz unerreichbar ſein, wenn dieſelben nicht nach Art des Papiergeldes frei und ungehindert circuliren könnten, und wenn nicht zugleich dem Inhaber die Ausſicht bliebe, den vollen Nennwerth einſt zu erhalten. Ob ein Gleiches auch von Wechſeln anzunehmen ſei, iſt ſtreitig, wenn ſchon der Zweck der Tratten eher dafür, als dagegen zu ſprechen ſcheint [18]. — Manche gehen noch weiter und leugnen die Anwendbarkeit des Anaſtaſiſchen Geſetzes auch bei allen ungewiſſen und zweifelhaften Forderungen, bei liquidirten Nomina und auch in dem Falle, wenn das für eine abgetretene Forderung bezahlte geringere Quantum mit Einrechnung des Interuſurium zur Verfallzeit dem vollen Werthe der cedirten Forderung gleichkommt. Allein dieſe Ausnahmen ſtützen ſich theils auf unhaltbare theoretiſche Gründe, theils ſind ſie aus Mißverſtändniſſen des Textes der Anaſtaſiſchen Conſtitution entſtanden.

Die Berufung auf die lex Anastasiana erſcheint nach der Darſtellung der neueren Juriſten als das Anſprechen einer Rechtswohlthat. In welcher Form dieſer Anſpruch realiſirt werden könne, iſt unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Diejenigen, welche ſie als eine Rechtswohlthat für den Schuldner betrachten, nehmen eine wahre exceptio legis Anastasianae an, und erklären mithin den Debitor für ſchuldig, den ganzen Betrag der cedirten Forderung zu bezahlen, wenn er nicht beſtimmt behaupte und dann auch beweiſe, daß der Ceſſionar die Forderung für weniger erkauft

---

17) Vergl. Spangenberg, in der Zeitſchrift für Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover, Bd. 1, Nr. 27, S. 66, und Linde, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 3, Nr. 2, S. 17, 19. Mühlenbruch a. a. O. S. 546. Unterholzner a. a. O. Th. 1, S. 604.

18) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 235, Note 457.

habe, als er einklagt [19]). Auch iſt dieß den allgemeinen Grundſätzen, welche von den Rechtswohlthaten gelten, nicht widerſtreitend, da es in Bezug auf dieſelben eine allgemeine Rechtsregel iſt, daß Niemand auf dergleichen Anſpruch machen kann, als wenn er beweiſt, daß für ihn die Bedingungen deſſelben begründet ſind. Die gemeine Meinung ſieht indeß in der Verfügung des Geſetzes ein weſentliches Erforderniß der Klage des Ceſſionars, und ſpricht mithin dem Schuldner das Recht zu, ohne alle beſonderen Verdachtsgründe für den Ankauf der Forderung unter dem Werthe ſtets den Beweis vom Ceſſionar zu verlangen, wie entweder die Ceſſion nicht in Folge eines Kaufes, ſondern aus anderen Urſachen geſchehen oder die ganze eingeklagte Summe dafür bezahlt ſei, weßhalb denn auch der Ceſſionar nicht die Angabe des Ceſſionsgrundes verweigern dürfe [20]). Eine vermittelnde Anſicht hat Mühlenbruch [21]) aufgeſtellt, welcher im Ganzen freilich der gemeinen Meinung beipflichtet, doch dem Ceſſionar nur den Beweis auferlegt, daß er ſo viel zu fordern habe, als er durch die Klage geltend macht. Allein, da Illegalitäten nicht zu vermuthen ſeien, ſo genüge es auch hier, wenn der Ceſſionar ſeinen Beweis auf ein der Form nach giltiges Geſchäft gründet, aus welchem ſich ergeben muß, nicht nur, daß eine Ceſſion wirklich geſchehen ſei, ſondern auch, daß der Ceſſionar den vollen Werth der Forderung bezahlt habe. Nun ſei aber zur Form der Ceſſion nichts weiter erforderlich, als die beſtimmte Willenserklärung des Cedens. Iſt dieſe alſo hinlänglich erwieſen, ſo liege dem Schuldner der Beweis ſeiner Behauptung ob, daß die Forderung für einen geringeren, als den angegebenen, Preis verkauft worden ſei. Brackenhöft macht in Betreff des von den Parteien zu führenden Beweiſes einen Unterſchied zwiſchen den Fällen der Anaſtaſiſchen Verordnung und der von Juſtinian gemachten Extenſion dieſes Geſetzes. Er betrachtet den Ceſſionar in Uebereinſtimmung mit der gemeinen Meinung nur dann als zum Prozeſſe und zur Einhebung der Forderung legitimirt, wenn er beweiſt, daß einer der von Anaſtaſius ausdrücklich ausgenommenen Fälle vorliegt (wo dann, wenn der Cedent eine Schenkung gemacht zu haben vorgibt, dieſes eine Schenkung der ganzen Forderung ſein muß), oder wenn er beweiſt, daß er dem Cedenten ſo viel gezahlt habe, als er vom debitor cessus fordert. Denn dieß betrachtet er als weſentliches

---

19) So Christoph Lenz, de actionibus et nominibus cessis (Lips. 1661, 4.), membr. V; Weber, über Beweisführung im Civilprozeß, 6, Nr. 29, S. 377; Burchardi, Beweislaſt der lex Anastasiana, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 18, S. 197—224.

20) So Lauterbach, collegium theoretico-practicum, XVIII. 4. §. 72; Spangenberg, num legis Anastasianae exceptio vera sit exceptio (Jenae 1765, 4.). Fratrum Beckmannorum consilia (Goett. 1784, 4.), P. 1. resp. 9. qu. 4. p. 185; Bach, de lege Anastasiana, §. 5, in den Opusc. p. 363; Strube, rechtliche Bedenken, Nr. 351 (ält. Ausgabe, IV. 190); v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen, Bd. 4, Nr. 40, S. 471 flg.; v. Bannwarth, über Beweisführung und Beweislaſt bei der Anaſtaſiſchen Verordnung. Würzburg 1821, 8. Dieſe Anſicht iſt auch in die gewöhnlichen Pandektencompendien übergegangen.

21) A. a. O. §. 61, S. 605.

Erforderniß des juriſtiſchen Factums, welches den Uebergang des Klagerechtes bewirken ſoll, und jeder Kläger muß bekanntlich dasjenige Factum, wovon ſeine legitimatio ad causam abhängt, vollſtändig erweiſen. Enthalte nun die Berufung des Debitor auf die Anaſtaſiſche Conſtitution ein Beſtreiten der Legitimation, ſo ſei dieß nur die Rüge eines Mangels im Erwerbe des Rechtes des Ceſſionarius, und er könne ſich ſogar mit einem bloßen Ignoriren begnügen, inſofern er ſich nicht eines directen Gegenbeweiſes bedienen wolle. Behauptet dagegen der Debitor das Erlöſchen der Forderung oder eines Theiles derſelben vermöge der Juſtinianiſchen Extenſion des Anaſtaſiſchen Geſetzes, ſo ſei dieß eine wahre Einrede im heutigen Sinne des Wortes, deren Beweis dem Beklagten obliege.

Eine beſondere Erwähnung verdient noch die Frage, ob die in der Anaſtaſiſchen Conſtitution ausgenommenen Fälle, auf welche die Verordnung des Kaiſers nicht anwendbar ſein ſoll, heutzutage noch zu beachten ſind oder nicht. Zwar ſind dieſelben durch eine ſpätere Verordnung Juſtinian's [22]) ausdrücklich aufgehoben worden, allein dieſes Geſetz iſt eine **lex restituta**, welche nur aus den Baſiliken bekannt und ſpäter in den Juſtinianiſchen Codex eingetragen worden iſt; es gilt mithin nicht bei uns, da es nicht von der Gloſſe anerkannt worden iſt, und ſo ſind die in der Anaſtaſiſchen Verordnung enthaltenen Ausnahmen noch heutzutage giltig, wie auch alle Lehrer des Civilrechtes einſtimmig anerkennen.

Exceptio cognitoria heißt im älteren römiſchen Prozeſſe die Einrede, welche dem Kläger entgegengeſetzt werden konnte, wenn derſelbe eine der Stellvertretung unfähige Perſon zum Cognitor ernannt hatte, oder ſelbſt des Rechtes ermangelte, einen ſolchen zu ernennen [1]). Die Cognitoren waren bekanntlich die älteſten Stellvertreter in dem römiſchen Prozeſſe, und wurden mit feierlichen Worten in Gegenwart der anderen Partei vor dem Richter von ihrem Machtgeber ernannt; ſie hatten mit den ſpäteren Procuratoren das gemeinſam, daß ſie, falls ſie von Seiten des Klägers intervenirten, die Intention der Formel aus der Perſon ihres Machtgebers hernahmen und die Condemnation auf ſich ſtellen ließen [2]); daher ſie auch durch die Litisconteſtation ein unbeſchränktes Dispoſitionsrecht über den anhängigen Prozeß erlangten (domini litis fiunt). Zu den Gründen, aus welchen Jemand unfähig zur Cognitur war, gehörte die Ehrloſigkeit [3]), und wahrſcheinlich alles dasjenige, weßhalb Jemand unfähig wird, als Procurator eines Anderen aufzutreten. Frauen konnten zu den Zeiten von Paulus nur inſofern eine Cognitur übernehmen, als ſie in **rem suam** beſtellt wurden [4]). Als unfähig zur Ernennung eines Cognitor wird uns in den

22) L. 24. C. 4. 35.
1) Caius, inst. IV. §. 124. Vat. fragm. §. 320, 321.
2) Caius, inst. II. §. 39. IV. 55. 86.
3) Vat. fr. §. 324. Pauli sent. rec. I. 2. §. 1.
4) Pauli sent. rec. I. 2. §. 2.

römiſchen Rechtsquellen zwar Niemand ausdrücklich genannt; daß aber Wahnſinnige und erklärte Verſchwender dahin gehören, ergibt die Natur der Sache. Ferner deutet der Gebrauch der certa solenniaque verba bei der Beſtellung derſelben darauf, daß auch Kinder und Stumme ausgeſchloſſen waren. Frauen bedurften dazu jedenfalls des Beitrittes ihres Geſchlechtsvormundes[5]). Auch Ehrloſe konnten wohl keine Cognitoren beſtellen, was theils aus dem Verbote zu poſtuliren hervorgeht und durch die weſtgothiſche Interpretation zu Pauli sent. I. 2. §. 1. beſtätigt wird. Die exceptio cognitoria wird indeß nicht in allen den genannten Fällen nöthig geweſen ſein, da diejenigen, welchen das Poſtuliren unterſagt war, ſelbſt unter Einwilligung des Gegners nicht Cognitoren werden konnten[6]). In den römiſchen Rechtsquellen werden dieſe Exceptionen als dilatoriſche behandelt[7]), mithin mußten dieſelben bereits vor der Litisconteſtation vorgebracht werden, da ſonſt das dominium litis durch die Litisconteſtation auf den Cognitor überging, und die Einrede auf dem Wege der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht nachgeholt werden konnte[8]). In den Juſtinianiſchen Rechtsquellen kommen dieſe Einreden nicht mehr vor, da die Cognitoren ſchon früher abgekommen waren.

Exceptio doli[1]), gewöhnlicher doli exceptio, auch doli mali exceptio genannt, heißt in der Kunſtſprache der römiſchen Rechtsgelehrten die peremtoriſche Einrede, welche demjenigen, welcher durch die vom Kläger in ſeinen Handlungen ausgeſprochene Abſicht, widerrechtlichen Gewinn zu ziehen, in Schaden kommt, zuſteht, zum Zwecke der Abwendung der Verurtheilung. Sie ſtammt aus dem prätoriſchen Edicte[2]) und wird einem gewiſſen Prätor Caſſius zugeſchrieben[3]), von welchem Ulpian ausdrücklich bemerkt, daß er ſich mit der Aufſtellung dieſer Einrede im Edicte begnügt, und es nicht für nöthig befunden habe, des Zwanges halber eine beſondere aufzuſtellen. Ueber die Zeit ihrer Einführung gewährt uns Plautus, welcher ihr Daſein als bekannt vorausſetzt[4]), einen Anhaltepunkt. Kann ſie demnach nicht jünger als das Jahr 570 der Stadt ſein, da der

---

5) Ulp. fragm. XI. §. 27.

6) Pauli sent. rec. I. 2. §. 1, vergl. mit L. 1. pr. D. de postulando. (3. 1.)

7) Caius, inst. IV. §. 124.

8) Caius, inst. IV. §. 124.

1) Literatur: Pothier, Pandectae Iustinianeae, lib. XLIV. tit. 4. tom. III. p. 162—177. Hänel, über das Weſen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 12, Nr. 20, S. 419—432. Einige ſehr gute Bemerkungen über dieſe Lehre enthält Francke's Aufſatz: über die dem Ceſſionar aus der Perſon des Cedenten zuſtehenden Einreden, ebendaſelbſt, Bd. 16, Nr. 15, S. 422—430, und beſonders Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, S. 297—303.

2) L. 4. §. 33. D. de doli mali exc. (44. 3.) L. 1. §. 1. D. ibid.

3) L. 4. §. 33. D. 44. 3.

4) Plaut. Rudens, V. 3. vs. 24—26. Vgl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, S. 300—303.

genannte Dichter in dieſem Jahre ſtarb, ſo dürfen wir wohl auch nicht annehmen, daß ſie älter ſei als die lex Aebutia [5]), weil, ſo lange die Prozeſſe regelmäßig in der Form der legis actiones abgeſetzt wurden, die formellen Einreden ausgeſchloſſen [6]), und nur in den iudicia bonae fidei Einwendungen vor dem Richter erlaubt waren. Daraus ergibt ſich zugleich, daß unſere Einrede bedeutend älter iſt, als die Einführung der doli actio, was erſt zu den Zeiten Cicero's durch das Edict des Aquilius Gellus realiſirt wurde [7]). Worin denn eigentlich die Neuerung des Caſſius beſtanden habe, iſt ungewiß. Wahrſcheinlich beſchränkte ſie ſich auf die Aufſtellung einer formellen Einrede für den dolus in Betreff anderer Klagen, als der bonae fidei iudicia [8]), bei welchen dem leugnenden Beklagten noch immer der Ausweg blieb, ſein Leugnen durch Berufung auf den dolus des Klägers vor dem Richter zu motiviren, da es ja hier zum officium iudicis gehörte, den dolus zu berückſichtigen, ohne daß dazu erſt eine ſpecielle Ermächtigung von Seiten des Magiſtrates von nöthen geweſen wäre. Dieſe Berückſichtigung traf aber eben ſo gut den dolus des Klägers als den des Beklagten; des Klägers, da es dem Beklagten erlaubt war, bis zum Urtheile die materielle Grundlage der doli exceptio zu ſeinen Gunſten zu gebrauchen, worauf ſich die Rechtsregel bezieht: exceptio doli inest in bonae fidei iudiciis [9]); des Beklagten, da es dem Kläger freiſtand, die Hauptklage aus dem Geſchäfte wegen des dolus des Beklagten anzuſtellen, mag dieſer in einem Zwange oder Betruge bei Begründung der Schuld [10]), oder in einer nachfolgenden Verletzung des Obligationsverhältniſſes [11]) beſtehen. Und wenn man dergleichen Klagen nicht allein wegen des dolus anſtellte, ſondern nur nebenher, indem man den Hauptgegenſtand einklagte, den dolus zur Sprache brachte, ſo konnte dieß nicht blos gleich von Anfang an, ſondern auch nach der Litiscontestation, alſo, um mit den römiſchen Juriſten zu reden, noch vor dem Judex geſchehen, eben weil es hier zum officium iudicis gehörte, auch den dolus in Betracht zu ziehen [12]). Allein ſo gewiß dieſe Berückſichtigung des beiderſeitigen dolus in der Natur der bonae fidei iudicia lag, ſo wenig konnte doch hier von Seiten des Beklagten von einer förmlichen

---

5) Caius, inst. IV. §. 30. Gell., noct. Att. 16. cap. 10.
6) Caius, inst. IV. §. 8.
7) Cic., de nat. Deor. III. 30., de officiis III. 14.
8) Cic., de nat. deor. III. 30., de off. III. 15.
9) L. 21. D. soluto matrim. (24. 3.) L. 84. §. 5. D. de leg. I. (30.) L. 68. pr. u. §. 1. D. de contrah. empt. (18. 1.) Von der exceptio pacti ſpricht in dieſer Beziehung L. 3. D. de rescindenda venditione. (18. 5.)
10) L. 7. pr. u. §. 3. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 9. pr. D. ibid. L. 4. pr. D. de act. empt. (19. 1.) L. 6. §. 9. L. 13. §. 4 u. 5. L. 30. §. 1. D. ibid. L. 43. §. 2. D. de contrah. empt. (18. 1.) L. 68. §. 1 u. 2. D. ibid. L. 2. C. de actione empti. (4. 49.) Pauli, sent. rec. II. 17. §. 6. L. 21. pr. D. de evictionibus. (21. 2.)
11) L. 5. §. 2. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 23. D. de regulis iuris. (50. 17.)
12) §. 30. J. de actionibus. (4. 6.) L. 2. C. de act. empti. (4. 49.)

exceptio doli die Rede ſein, da es dazu einer ſpeciellen Ermächtigung von Seiten des Magiſtrates überall nicht bedurfte. Und ſo ſcheint es, daß die Regel doli exceptio inest in bonae fidei iudiciis ſich erſt nach der Zeit gebildet habe, als man ſich daran gewöhnt hatte, daß bei veränderter Prozeßform durch die formulae die Einreden vor dem Magiſtratus angegeben und von dieſem an die Condemnation als Ausnahmen angehängt wurden.

Betrachten wir zunächſt die Formel, in welcher die doli exceptio zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten concipirt wurde. Hier erſcheint das Zeugniß des Cajus[13]) entſcheidend, nach welchem ſie folgendermaßen lautet: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat. Für dieſe Faſſung ſpricht auch die Analogie der exceptio metus[14]); daß der Name desjenigen, auf deſſen dolus man ſich exceptionsweiſe ſtützte, in der Exceptionsformel ſtand, bezeugt Ulpian[15]); daß endlich der Beklagte, oder der, gegen welchen der dolus verübt worden, daſelbſt nicht genannt wurde, geht aus einer anderen Aeußerung Ulpian's[16]) hervor. Auch ſtimmt zu der von Cajus angegebenen Exceptionsformel völlig die erweiterte Anſicht vom Begriff des dolus, welche wir zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten in Betreff unſerer Exception als bereits ausgebildet vorfinden. Denn wenn ſchon die Exception zunächſt nur da begründet war, wo der Anſpruch des Klägers aus Zwang oder Betrug hervorgegangen iſt[17]), ſo hat ſich die Anwendbarkeit derſelben doch nicht darauf beſchränkt; vielmehr kam man durch eine genauere Betrachtung der Exceptionsformel darauf, auch alle Thatſachen, Umſtände zu berückſichtigen, welche die Klage, wenn ſie auch dem Buchſtaben nach Grund hat, als innerlich widerrechtlich und unbillig erſcheinen laſſen, ſelbſt dann, wenn dieſe Thatſachen nach dem Abſchluſſe des Geſchäftes, aus welchem der Anſpruch des Klägers entſtand, eingetreten ſind[18]). Vorausgeſetzt indeß, daß der Kläger mit dieſen Umſtänden und Verhältniſſen bekannt ſein konnte und mußte, alſo ſeinen böſen Willen, ſeinen dolus dadurch offenbarte, daß er ſich nicht an dieſelben kehrte[19]). Und allerdings rechtfertigten ſchon die Worte neque fiat inſofern eine ſolche Ausdehnung, als dieſelben nicht auf die Zeit des abgeſchloſſenen Geſchäftes beſchränkt werden konnten,

---

13) Inst. IV. §. 119.

14) L. 4. §. 33. D. 44. 4.

15) L. 2. §. 1. D. 44. 4. So iſt L. 4. §. 33. cit. zu verſtehen: quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit.

16) L. 2. §. 2. D. 44. 4: Plane ex persona eius, qui exceptionem obiicit, in rem opponitur exceptio; neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.

17) §. 1. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 7. §. 11. D. de pactis. (2. 14.) L. 40. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 2. pr. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. ibid. Caius, inst. IV. §. 117.

18) L. 2. §. 4 u. 5. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. ibid. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 7. §. 11. L. 27. §. 5. D. ibid. L. 7. §. 2. D. de cur. fur. (27. 10.) L. 17. §. 2. D. soluto matrim. (24. 3.) L. 3. C. de non numerata pec. (4. 30.) L. 1. C. de re iud. (7. 52.) L. 177. §. 1. D. de reg. iuris. (50. 17.)

19) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 4. §. 26. D. 44. 4.

ſondern vielmehr auf den ganzen Zeitraum, welcher bis zur Litiscontestation verfloſſen war, bezogen werden mußten [20]). Spätere Handlungen und Thatſachen konnten ſchon um deswillen nicht weiter berückſichtigt werden, weil die formelle Vorſchützung der Einrede in den actiones stricti iuris an die Litiscontestation gebunden und es mithin unmöglich war, auf Ereigniſſe einzugehen, die der Beklagte den Umſtänden nach nicht hatte berückſichtigen können. Aus dieſer Darſtellung der Sachlage ergibt ſich von ſelbſt, daß man nicht eine Erweiterung des Begriffes dolus für die Zeiten der claſſiſchen Juriſten annehmen darf, ſondern man muß vielmehr behaupten, daß die Ausdehnung der Sphäre der doli exceptio (im Vergleich mit der Sphäre der doli actio) nur in dem Umſtande ihren Grund hat, daß man den zu berückſichtigenden Zeitraum vergrößerte. Gleichwohl ſcheint es, daß die Faſſung der doli exceptio in den älteren Zeiten eine andere geweſen ſei, und nur in der erſten Hälfte der genannten Exceptionsformel unter Weglaſſung der Worte neque fiat beſtanden habe [21]). Die Gründe, welche für dieſe Meinung ſprechen, laſſen ſich auf folgende Punkte zurückführen. Zunächſt enthält die exceptio metus, welche erſt ſpäterhin aus der doli exceptio als eigne Einrede heraustrat, nicht die Worte neque fiat, und berückſichtigt nur den Zwang, welcher das dem Beklagten nachtheilige Geſchäft veranlaßt hat [22]). Dieſe Analogie ſcheint aber um ſo entſcheidender für unſere Annahme zu ſein, da bis auf die angegebenen Worte die Faſſung beider Einreden faſt die nämliche iſt. Sodann kommt es hier in Betracht, daß Cajus, wo er im Allgemeinen das Weſen und den Umfang der doli exceptio bezeichnen will, ganz einfach die Worte braucht: si nihil in ea re, qua de agitur, dolo malo actoris factum sit [23]), und te fecisse dolo malo [24]). Auch verdient das Zeugniß Ulpian's Berückſichtigung, welcher das Weſen der Einrede in die Worte ſetzt: si in ea re nihil dolo malo actoris factum est [25]). Wenn ferner derſelbe Rechtsgelehrte bemerkt, daß dieſe Exception aus demſelben Grunde (ex eadem causa) aufgeſtellt worden, welcher die Einführung der actio doli motivirt hat [26]), ſo ſcheint auch dieß darauf zu deuten, daß man früherhin eine engere Sphäre der doli exceptio kannte; denn gerade dieſe Klage hat das Eigenthümliche, daß nur der dolus, welcher den Abſchluß des dem Kläger nachtheiligen Geſchäftes veranlaßt hat, die Grundlage derſelben werden kann. Endlich ſcheinen hier eine Menge von Stellen der römiſchen Juriſten aus der claſſiſchen Zeit von Bedeutung, welche es bei der doli actio als etwas Eigenthümliches, Sonderbares hervorheben, daß dabei auch die Um-

---

20) L. 7. §. 9—11. D. 2. 14. Caius, inst. IV. §. 119. Darauf geht auch L. 4. D. de exceptionibus et praescript. (44. 1.)

21) Dieſe Anſicht hat ſchon Hänel, a. a. O. im Archiv, Bd. 12, S. 419, aufgeſtellt, freilich ohne ſie genauer aus den Quellen zu begründen.

22) L. 4. §. 33. D. 44. 4.

23) Caius, inst. IV. §. 119.

24) Caius, inst. IV. §. 117.

25) L. 2. §. 1. D. 44. 4.

26) L. 2. pr. D. 44. 4.

ſtände, die nach dem Abſchluſſe des Geſchäftes, welches der Klage zu Grunde liegt, eingetreten ſind, berückſichtigt werden, und mithin darauf zu deuten ſcheinen, daß nach Analogie anderer Rechtsmittel, welche ſich auf den dolus gründen, dieß als etwas Neues, Ungewöhnliches angeſehen worden ſei[27]). Auch paßt zu dieſer engeren Beziehung der doli exceptio ganz und gar der Grund, welchen Paulus für die Einführung dieſer Einrede angibt[28]); wenigſtens tritt der Widerſpruch der Billigkeit mit dem Ziehen von Gewinn aus unredlichen Handlungen nirgends ſtärker und ſchlagender hervor, als bei den nach dem Civilrechte giltigen Geſchäften, zu deren Abſchluß der dolus des Einen von den Parteien Veranlaſſung gegeben hat. Freilich muß dieſe Ausdehnung der Exceptionsſphäre ſchon ſehr weit hinauf reichen, da bereits Labeo, ein Zeitgenoſſe Auguſt's, derſelben gedenkt[29]). Indeſſen blieb der Fall, auf welchen ſich urſprünglich die Einrede bezogen hatte, noch immer im Munde der römiſchen Juriſten, ſo daß wir ihn noch in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern an vielen Stellen als den gewöhnlichſten angeführt finden[30]).

Fragen wir nach den Erforderniſſen der Einrede, ſo laſſen ſie ſich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Der Kläger muß eine Vermehrung ſeines Vermögens bereits erfahren haben oder noch beabſichtigen[31]). Gleichgiltig iſt es, auf welche Weiſe dieſe Vermögensvermehrung herbeigeführt wird, ſei es durch Verwendung fremder Gelder zum eigenen Nutzen[32]), oder durch ein nochmaliges Verlangen deſſen, was man bereits auf einem anderen Wege erlangt hat[33]), oder durch Vindication eines Gegenſtandes, den der Beklagte unentgeltlich herausgeben ſoll, ohne für ſeine Verbeſſerungen und ſonſtigen nothwendigen Aufwand Entſchädigung zu erhalten[34]), oder durch Anſpruch auf vollſtändigen Schadenerſatz ohne Herausgabe der Nutzungen und Vortheile, welche man aus der zu vergütenden Sache gezogen hat[35]), oder durch Vindication eines Gegenſtandes, an welchem dem Beklagten einer Forderung halber ein Retentionsrecht zuſteht, wenn man ſich nicht zugleich bei der Vindication zur Bezahlung der Schuld verſteht[36]), oder durch Einklagung deſſen, wovon es gewiß iſt, daß man es, oder wenigſtens eine gleich große Summe an die-

27) L. 4. §. 15. D. 44. 4. L. 2. §. 3. D. ibid. L. 2. §. 5. D. ibid. L. 36. D. de verborum obligat. (45. 1.)

28) L. 1. §. 1. D. 44. 4: Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

29) L. 4. §. 15. D. 44. 4.

30) L. 36. pr. D. 45. 1. §. 1. J. de except. (4. 13.) L. 8. §. 6. D. de liberat. legata. (34. 3.) L. 3. C. de donationibus ante nuptias. (5. 3.) L. 6. C. soluto matrim. quemadmodum. (5. 18.) L. 5. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.)

31) Darauf deutet das prosit in L. 1. §. 1. D. 44. 4.

32) L. 4. §. 4. D. 44. 4. L. 16. D. ibid.

33) L. 1. C. de re iudicata. (7. 52.)

34) L. 4. §. 9. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 10. D. ibid.

35) L. 2. §. 7. D. 44. 4.

36) L. 5. §. 1. D. 44. 4.

ſelben Perſonen nach dem Empfange werde wiedererſtatten müſſen[37]), oder durch Beanſpruchung eines Gegenſtandes, ohne ſich vorher zur Erfüllung der eigenen connexen Verbindlichkeit zu verſtehen[38]), oder durch Benutzung eines nach dem ſtrengen Civilrechte giltigen, aber der mangelnden Zahlung halber unwirkſamen Geſchäftes zur Anſtellung einer Klage[39]), oder durch die Realiſirung eines nach dem Civilrechte fortgeltenden Anſpruches, der deßhalb in Wegfall kommt, weil der Grund des Geſchäftes zu exiſtiren aufgehört hat[40]), oder durch Einklagung einer Forderung, zu der ſich Jemand nur aus entſchuldbarem Irrthume verſtanden hat[41]), oder einer Forderung gegen den Inhalt des eigenen Vertrages[42]) (gleichgiltig iſt es dabei, ob es ein ausdrücklicher oder ein ſtillſchweigender Vertrag iſt), oder gegen den Sinn eines giltigen Teſtamentes[43]), oder wenn man aus den zweideutigen Worten eines giltigen Teſtamentes ein Forderungsrecht ableitet[44]), oder eine Klage anſtellt, von der man weiß, daß ſie durch irgend eine dem Beklagten zuſtehende Einrede unwirkſam gemacht werden kann[45]). 2) Der Beklagte muß durch den Anſpruch des Klägers entweder bereits eine Vermögensverminderung erlitten oder zu fürchten haben. Dieß Erforderniß ergibt ſich von ſelbſt aus der Natur des vom Kläger realiſirten Anſpruches; am deutlichſten tritt es aber in den Fällen hervor, wo außer der Conventionalſtrafe auch noch Schadenerſatz nebenher verlangt[46]), oder die Strafe des Compromiſſes eingetrieben wird, ohngeachtet dem Beklagten ein genügender Entſchuldigungsgrund zur Seite ſteht[47]), oder wo Schadenerſatz verlangt wird, ohngeachtet man ſchon auf anderem Wege zu dem Seinigen gekommen iſt[48]), oder wo Entſchädigung für die Verwendungen aus dem eigenen Vermögen verweigert wird, ohnerachtet man die Hauptſache unentgeltlich weggeben ſoll[49]). Auch muß eine dergleichen Vermögensverminderung ſchon in den Fällen als bevorſtehend angenommen werden, wo der Beklagte andere Rechtsmittel hat, um ſeine Gegenforderungen oder anderweitigen Anſprüche an den Kläger zu realiſiren, da es ja immerhin ungewiß bleibt, ob der jetzige Kläger das Judicat werde zahlen können, falls der jetzige Beklagte ſpäterhin gegen ihn ein günſtiges Urtheil der eigenen Anſprüche halber erwirken ſollte. 3) Der Kläger muß zu der Vermögensvermehrung, welche er bereits er-

---

37) L. 5. pr. D. 44. 4. L. 8. §. 1. D. ibid. L. 6. D. ibid. L. 4. §. 8. D. ibid. Hierher gehört auch der Fall der nothwendigen Compenſation.
38) L. 5. pr. D. 44. 4.
39) L. 2. §. 3. D. 44. 4. Caius, inst. IV. §. 116, 119. §. 1. J. 4. 13.
40) L. 2. §. 3. D. 44. 4. L. 4. §. 1. D. ibid.
41) L. 7. §. 1. L. 17. D. 44. 4.
42) L. 2. §. 4 u. 6. D. 44. 4. L. 4. §. 7 u. 12. D. ibid.
43) L. 4. §. 10 u. 11. D. 44. 4. L. 13. u. L. 17. §. 3. D. ibid.
44) L. 88. pr. u. §. 1. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)
45) L. 2. §. 5. L. 12. D. 44. 4.
46) L. 4. §. 7. D. 44. 4.
47) L. 4. §. 2. D. 44. 4.
48) L. 1. C. de re iud. (7. 52.)
49) L. 4. §. 9. L. 10. D. 44. 4.

halten hat oder durch die Anſtellung der Klage beabſichtigt, durch das ſtrenge Recht (ius civile) berechtigt ſein. Schon Ulpian[50]) hebt dieſes Erforderniß bei der Angabe des Grundes für die Einführung unſerer Exception recht deutlich hervor. Am klarſten tritt es aber in den Fällen heraus, wo numerationis causa Stipulationen interponirt worden ſind, ohne daß das Geld in der That gezahlt worden[51]); wo ferner die Stipulationen rechtlich noch fortdauern, wenn ſchon ihr Grund in Wegfall gekommen iſt[52]), wo das Klagerecht aus der Obligation ungeachtet des pactum de non petendo rechtlich fortbeſteht[53]), wo die actio ex testamento zwar den Worten des giltigen Teſtamentes, nicht aber dem Sinne deſſelben nach begründet iſt[54]). 4) Dieſe Vermögensvermehrung des Klägers muß den Grundſätzen der natürlichen Billigkeit, der bona fides widerſtreiten. Im Allgemeinen folgt dieß ſchon aus der Natur der Exceptionen, in Bezug auf die unſrige wird dieß Erforderniß aber noch in vielen Stellen[55]) beſonders hervorgehoben. 5) Der Kläger muß bei Anſtellung ſeiner Klage im dolus ſich befinden, d. h. wenigſtens davon unterrichtet ſein, daß dieß ſein Begehren, deſſen Befriedigung er von dem Beklagten verlangt, den Beklagten gegen die Grundſätze der natürlichen Billigkeit in Schaden bringen werde[56]). Darauf deutet die Conception der Exceptionsformel, und daß es mit dieſem dolus ernſtlich gemeint ſei, ergibt ſich zugleich auch daraus, daß gegen Perſonen, denen man Reſpect ſchuldig iſt, nicht die doli exceptio, ſondern die exceptio in factum zuläſſig iſt[57]), damit nicht ihr Ruf leide. Gewöhnlich beſchränkt ſich die Exception auf den von dem Kläger begangenen dolus[58]), daher auch dieſer allein gewöhnlich in der Exceptionsformel genannt wird[59]); nur ausnahmsweiſe wird die Exception auch wegen des von anderen Perſonen, welche der Kläger zu vertreten hat, begangenen dolus geſtattet[59a]), und dieſe müſſen dann in der Formel ebenfalls genannt ſein. Zunächſt kommt der dolus der Perſonen, welche in fremder Gewalt ſtehen, auch gegen den, welcher ſie in der Gewalt hat, in Betracht, und zwar in Geſchäften, welche deren Peculium betreffen, hat er ihren dolus immer zu vertreten; bei anderen Geſchäften hingegen nur

---

50) L. 2. D. 44. 4.

51) Caius, inst. IV. §. 116, 119. §. 1. J. 4. 13. L. 2. §. 3. D. 44. 4.

52) L. 2. §. 3. L. 4. §. 1. D. 44. 4.

53) L. 2. §. 4 u. 6. D. 44. 4.

54) L. 4. §. 10. D. 44. 4. L. 88. pr. u. §. 1. D. 35. 2.

55) L. 1. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 7. L. 12. D. ibid. Caius, IV. §. 116. §. 1. J. 4. 13.

56) Caius, inst. IV. §. 117, 119. §. 1. J. de except. (4. 13.) L. 4. §. 15. L. 1. §. 1 u. 2. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 2. §. 3—7. L. 4. §. 1—4. 6. 7. 12. 26. D. ibid.

57) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 7. §. 2. D. de obsequiis. (37. 15.)

58) L. 1. §. 1. D. 44. 4. L. 2. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. ibid. L. 11. §. 1. D. ibid.

59) Caius, inst. IV. §. 117, 119. L. 2. §. 1. D. 44. 4. L. 4. §. 33. D. ibid.

59a) L. 2. §. 1. D. 44. 4.

dann, wenn der dolus derſelben bei dem Abſchluſſe des Geſchäftes, weßhalb die Einrede zuſteht, von Einfluß war [60]). Den dolus des mit der Verwaltung aller Güter beauftragten Procurator hat der Geſchäftsherr ſtets zu vertreten [61]). War der Bevollmächtigte nur zur Führung des Prozeſſes beſtellt, ſo iſt zu unterſcheiden, ob der Auftrag ihm in rem suam gegeben war oder nicht. Im letzten Falle kann nur wegen des nach der Litiscontestation vom Bevollmächtigten begangenen dolus gegen den Auftraggeber excipirt werden, da erſt durch die Litiscontestation das dominium litis auf den Bevollmächtigten übergeht [62]); im erſten Falle hingegen wird auch der vor der Litiscontestation vom Procurator begangene dolus in Betracht gezogen [63]). Tutoren, welche im Namen ihrer Pupillen prozeſſiren, ſchaden durch ihren nach der Litiscontestation begangenen dolus jedenfalls ihren Mündeln [64]); für die übrigen Fälle, wo Tutoren und Curatoren für ihre Pflegebefohlenen mit Dritten Geſchäfte abmachen, waren freilich vom Anfang an die Stimmen der römiſchen Rechtsgelehrten getheilt, doch iſt in die Juſtinianiſchen Rechtsbücher die Meinung ſiegreich übertragen worden, daß der dolus der Vormünder auch hier den Pflegebefohlenen ſchade [65]). Der vom Protutor begangene dolus kommt nie in Betracht [66]). Actoren, welche mit der Eintreibung und Verrechnung fremder Gelder beauftragt ſind, hat der Geſchäftsherr in Bezug auf den von ihnen ſpäter begangenen dolus zu vertreten [67]). Bei dem Eintritt in die Rechte Anderer durch Singularſucceſſion iſt zu unterſcheiden, ob der Eintritt durch oneroſe oder lucrative Geſchäfte erfolgt iſt. Im erſten Falle braucht ſich der Nachmann in der Regel nicht die Exception aus dem dolus ſeines Auctor gefallen zu laſſen [68]), außer wenn er ſich den Beſitz ſeines Vorgängers zu Gute rechnet, alſo mit anderen Worten von der accessio possessionis Gebrauch macht, in welchem Falle ihm auch die Einrede aus den Handlungen ſeines Vormannes entgegengeſtellt wird [69]). Im zuletzt genannten Falle muß ſich freilich der Nachmann immer die Einrede aus dem Betragen ſeines Auctor gefallen laſſen [70]), z. B. im Fall des Legates, der Schenkung und ſelbſt der Noxädedition. Bei dem Pfandvertrage hat der Pfandgläubiger, welcher die Servianiſchen Klagen anſtellt, gleichfalls dieß zu leiden, weil die verpfändete Sache ihm nicht für die Dauer übergeben iſt, ſondern zu dem Verpfänder nach Abzahlung der Hauptſchuld zurückkehren wird [71]).

---

60) L. 4. §. 17. D. 44. 4.
61) L. 4. §. 18. D. 44. 4.
62) L. 4. §. 18. D. 44. 4. L. 11. pr. D. ibid.
63) L. 4. §. 18. D. 44. 4.
64) L. 11. pr. D. 44. 4.
65) L. 4. §. 23 u. 25. D. 44. 4.
66) L. 4. §. 24. D. 44. 4.
67) L. 5. §. 3. D. 44. 4.
68) L. 4. §. 27. 28. 31. D. 44. 4.
69) L. 4. §. 27. D. 44. 4., vergl. mit L. 175. §. 1. D. 50. 17. L. 177. pr. D. ibid.
70) L. 4. §. 29. 31. D. 44. 4. L. 6. D. de exceptionibus. (44. 1.)
71) L. 4. §. 30. D. 44. 4.

Auch dem Ceſſionar ſteht zweifelsohne die Einrede aus der Perſon des Cedenten entgegen, inſofern deſſen dolus in Verbindung mit der Forderung und ihrem Grunde ſteht, weiter aber wohl nicht [72]; denn der Ceſſionar klagt aus einem fremden Rechte, und muß deßhalb alle die Einreden ſich gefallen laſſen, welche ſeinem Cedenten hätten entgegengeſetzt werden können [73]. Andere ſchneiden die exceptio doli aus den Handlungen des Cedens gegen den Ceſſionar ab, was freilich nur auf falſch verſtandenen Begriffen von der perſönlichen Eigenſchaft der doli exceptio und auf einer irrigen Auslegung von L. 4. §. 27—31. D. 44. 4., welche gar nicht auf unſeren Fall ſich bezieht, beruht [74]. Dem Delegatar kann in der Regel die Einrede nicht aus den Handlungen des Deleganten entgegenſtehen, da hier der Gläubiger aus einer neuen, von ihm ſelbſt contrahirten Obligation klagt [75], und es gilt ſomit für dieſen Fall die in den römiſchen Rechtsquellen allgemein anerkannte Regel: alienus dolus alteri nocere non debet [76].

Treffen die genannten Erforderniſſe zu, ſo iſt die doli exceptio begründet, und ſie erſcheint in dieſer Beziehung als ein Univerſalſchutzmittel gegen alle Ungerechtigkeiten, welche auf Koſten des guten Glaubens durch eine zuweit getriebene Strenge und einſeitige Conſequenz in Anwendung gewiſſer Rechtsſätze auf den concreten Fall geſchehen können [77]. Sie iſt überall begründet, wo Umſtände, Ereigniſſe und Thatſachen vorliegen, welche die Klage, wenn ſie auch dem Buchſtaben nach Grund hat, als innerlich widerrechtlich und unbillig erſcheinen laſſen, vorausgeſetzt, daß der Kläger mit dieſen Umſtänden und Verhältniſſen bekannt ſein konnte und mußte, alſo ſeinen böſen Willen, ſeinen dolus dadurch offenbarte, daß er ſich an dieſe Thatumſtände nicht kehrte. So erhielt unſere Exception eine Art von ſubſidiariſcher Stellung in den römiſchen Rechtsquellen, welche ihr auch noch im Juſtinianiſchen Rechte verblieben iſt. Zunächſt deutet darauf das Verhältniß der exceptio metus zu unſerer Exception [78]; ferner der zur Zeit der claſſiſchen Juriſten allgemein anerkannte Grundſatz, daß unſere Einrede überall ſtattfinde, wo eine facti exceptio vorliege [79], oder die erhobene Klage durch die aequitas defensionis abgewieſen wer-

72) Vergl. Francke, über die dem Ceſſionar aus der Perſon des Cedenten entgegenſtehenden Einreden, im Archiv für civ. Praxis, Bd. 16, S. 417—434, und Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte, S. 592—596.

73) L. 4. §. 19. D. 44. 4.

74) So Faber, coniect. iuris civilis, lib. XII. cap. 9, und ähnlich Alphons. de Olea, tractatus de cessione iurium et actionum, tit. VI. quaest. XI.

75) L. 4. §. 20—22. D. 44. 4. L. 12. 13. u. 19. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.) L. 9. §. 1. D. de cond. causa data, causa non secuta. (12. 4.) L. 78. §. 5. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 46. §. 2. D. ibid.

76) L. 11. D. 44. 4. L. 2. §. 1 u. 2. L. 4. §. 33. D. ibid.

77) Vergl. Hänel a. a. O. Th. 12, S. 422—429.

78) L. 14. §. 13. D. 4. 2. L. 4. §. 33. D. 44. 4.

79) L. 2. §. 5. D. 44. 4. L. 2. §. 32. D. ibid. L. 8. D. de condictione ob turpem. (12. 5.) L. 3. C. de non num. pec. (4. 30.)

den kann [80]); nichts aber halte ich für bezeichnender, als die Art und Weiſe, in welcher die römiſchen Rechtsquellen das Verhältniß der pacti exceptio zu unſerer Einrede darſtellen. Zunächſt iſt nämlich allgemein anerkannt, daß wo die pacti exceptio zuſteht, auch die doli exceptio geſtattet werde [81]); allein die Sphäre ihrer Anwendung war noch viel weiter, da man ſie auch dann aus Verträgen geſtattete, wo der Strenge des Rechtes nach eine exceptio pacti nicht verwilligt werden konnte, z. B. wenn der Vertrag vom Bevollmächtigten geſchloſſen war, und der Machtgeber ſich darauf beruft [82]). Gerade dieſe ſubſidiariſche Stellung unſerer Einrede erklärt ſich am einfachſten aus der Vermuthung, auf welche ſchon die Analogie von der exceptio metus führt, daß unſere Einrede von allen die älteſte war, und die einzelnen benannten Einreden erſt nach und nach, theils durch die Wirkſamkeit des Prätors, theils durch den Einfluß der Doctrin, aus derſelben herausgetreten ſind. Als man ſich nun im Laufe der Zeiten daran gewöhnt hatte, unſere Einrede als einen integrirenden Theil des prätoriſchen Rechtes zu betrachten, benutzte man ſie auch als ein erwünſchtes Auskunftsmittel, die Ausbildung einzelner Rechtsinſtitute zu befördern, und manche Schwierigkeiten, welche das ius civile in der Praxis fand, zu beſeitigen. So ward die bonorum possessio secundum tabulas in gewiſſen Fällen zu einer dauernden erhoben, ſeitdem kaiſerliche Conſtitutionen dem bonorum possessor ex tabulis non iure factis gegen die Erbſchaftsklage der Inteſtaterben die doli mali exceptio verliehen haben [83]). Auch wurde die Strenge der ſtricten Klagen gemildert, ſeitdem es dem Beklagten durch eine Conſtitution des Marcus Aurelius geſtattet war, ſich auch hier auf ſeine Gegenanſprüche an den Kläger in der Form der doli exceptio zu beziehen [84]). Allein nicht blos durch kaiſerliche Conſtitutionen, auch durch den Einfluß der Doctrin [85]) ward die Sphäre unſerer Exception erweitert. So verdankt z. B. die Anwendung der doli exceptio bei der Bereicherung des ſonſt willensunfähigen Pupillen, welcher aus einem ohne Vollwort ſeines Tutor geſchloſſenen Geſchäfte verpflichtet wird, dem Juriſtenrechte ihren Urſprung [86]). Auch die Befugniß des Beſitzers im böſen Glauben bei der hereditatis petitio Erſatz ſeiner Verwendungen zu verlangen, ſo weit der Andere dadurch bereichert worden iſt, ſchreibt ſich aus dieſer Quelle her [87]). Endlich gehört in dieſe Kategorie auch der Fall, wenn bei der Acceſſio der Eigenthümer der Hauptſache, welcher durch die untrennbare Verbindung der Nebenſache mit der ſeinigen gewinnt,

---

80) L. 12. D. 44. 4.

81) L. 2. §. 4. L. 4. §. 8. D. 44. 4. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 27. §. 5. D. ibid. Vergl. Hänel a. a. O. Th. 12, S. 423.

82) L. 7. §. 18. L. 10. §. 2. D. 2. 14. L. 16. pr. u. §. 1. L. 21. §. 1 u. 2. L. 40. §. 3. D. ibid.

83) Caius, inst. III. §. 120.

84) §. 30. J. de actionibus (4. 6.), ibique Theoph.

85) L. 2. §. 7. L. 4. §. 1 u. 14. D. 44. 7.

86) L. 4. §. 4. D. 44. 4. Vergl. Sell, Verſuche, Th. 1, S. 50.

87) L. 38. D. de hered. pet. (5. 3.)

mittelſt der doli exceptio gezwungen wird, den Werth der Nebenſache ganz oder zum Theil zu erſetzen [88]). So hatte denn unſer Rechtsmittel zur Zeit der claſſiſchen Juriſten eine Ausdehnung erhalten, welche es urſprünglich nicht gehabt hat, ohne Rückſicht darauf, ob es mit anderen Exceptionen concurrirte oder nicht. Die wichtigſten Anwendungen, in welchen dieß Rechtsmittel in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen noch vorkommt, ſind folgende. Es ſteht zu in Fällen, wo die Forderung auf einem factiſchen Irrthume beruht oder auf einer Vorausſetzung, welche nicht eingetreten iſt, wo alſo der Beklagte, wenn er bereits Zahlung geleiſtet hätte, die condictio indebiti, sine causa oder causa non secuta haben würde [89]); ferner da, wo der Anſpruch auf einer turpis causa beruht [90]), oder eine Stipulation credendi causa eingegangen worden, die verſprochene Zahlung aber nicht erfolgt iſt [91]); in allen Fällen, wo die Forderung nicht ipso iure erloſchen iſt, und gleichwohl ein Thatumſtand eintritt, welcher ſie ope exceptionis aufhebt, wie bei der unvollkommenen Zahlung [92]), bei Erlaßverträgen, ohne Unterſchied, ob der Excipient oder ein Dritter den ihm zu Gute kommenden Vertrag abgeſchloſſen hat, bei Vergleichen [93]), bei unvollſtändiger Novation [94]) und partieller Confuſio [95]); um das bei der Dotalklage vom Richter überſehene beneficium competentiae in der actio iudicati geltend zu machen [96]); als Rechtsmittel wider Vollziehung eines auf Beſtechung, Gunſt oder Feindſchaft beruhenden ſchiedsrichterlichen Urtheiles [97]); in Fällen, wo ſonſt die exceptio non adimpleti contractus [98]), oder rei venditae et traditae [99]) ſtattfindet; als Mittel um den Anſpruch auf die Falcidiſche [100]) und Trebellianiſche [101]) Quart zu realiſiren; in allen Fällen, wo die Klage

88) L. 23. §. 4. D. de rei vind. (6. 1.) L. 7. §. 12. D. de acquirendo rerum dom. (41. 1.) Caius, inst. II. §. 76—78. §. 30 u. 32. J. de rerum divisione. (2. 1.)

89) L. 2. §. 3. D. 44. 4. L. 4. §. 1. L. 7. pr. D. ibid. L. 3. §. 7. D. de peculio. (15. 1.) L. 5. §. 1. D. de actionibus emti venditi. (19. 1.) L. 13. pr. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 2. §. 3 u. 4. D. de donationibus. (39. 5.) L. 3. C. de condictione indebiti. (4. 5.)

90) L. 8. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. (12. 5.)

91) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 29. pr. D. mandati vel contra. (17. 1.) Caius, inst. IV. §. 116. §. 2. J. de except. (4. 13.)

92) L. 74. §. 2. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 1. C. de re iudicata. (8. 36.)

93) L. 23. §. 3. D. de cond. indeb. (12. 6.)

94) L. 91. D. de solut. et liberat. (46. 3.)

95) L. 14. C. de rei vindicatione. (3. 32.) L. 71. D. de fideiussoribus. (46. 1.)

96) L. 17. §. 2. D. sol. matr. (24. 3.)

97) L. 31. u. L. 32. §. 14. D. de receptis qui arbitrium. (4. 8.) L. 3. C. de receptis arbitris. (2. 56.)

98) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

99) L. 17. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 3. C. de rebus alienis non alienandis. (4. 51.)

100) L. 5. §. 1. D. 44. 4. L. 16. pr. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) L. 23. D. ibid. L. 80. §. 1. D. ibid.

101) L. 21. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

mit den Beſtimmungen eines Teſtamentes oder eines anderen giltigen letzten Willens in Widerſpruch ſteht [102]), wohin es gehört, wenn der Erbe eine Schuld einklagt, welche durch ein legatum liberationis erlaſſen iſt [103]), oder wenn ein Vermächtniß eingeklagt wird, welches pro ademto zu achten iſt [104]), oder der Vermächtnißnehmer vor der Erfüllung der beigefügten Bedingung klagt [105]); bei dem electiven Klagenconcurs, wenn der Kläger beide ihm zuſtehende Klagen zugleich anſtellt, und alſo die Sache doppelt fordert [106]), oder wenn Einer das Ganze fordert, wo ihm nur die Forderung auf einen Theil zukommt [107]); in allen Fällen, wo das beſtehende Recht Jemand ein Retentionsrecht an der von dem Kläger verlangten Sache einräumt, ohne Unterſchied, ob dieß wegen der auf die Sache verwendeten Unterhaltungs- und Meliorationskoſten [108]), oder wegen erlittener Schäden [109]) oder endlich wegen anderer connexer Gegenleiſtungen zuſteht [110]); wegen der Compenſationsanſprüche gegen actiones stricti iuris [111]); auch wenn der Käufer ohne Vorbehalt gekauft hat, und nun den Verkäufer wegen dieſes Fehlers belangen will [111a]), oder wenn Jemand eine Sache in Anſpruch nimmt, ohne die darauf haftenden Laſten anerkennen zu wollen [112]); wenn der Uſufructuar in die Veräußerung der Sache, an der ihm der Uſusfructus zuſteht, gewilligt hat, ohne ſich ein Recht daran vorzubehalten [113]); wenn der Gläubiger die an einen Fremden geſchehene Zahlung nachher genehmigt hat [114]); wenn der Fideicommiſſar, nachdem er das Fideicommiß bereits ausgeſchlagen hat, nachher noch darauf klagt [115]); wenn der Gläubiger daran Schuld war, daß der Schuldner das Geld, womit er ihn bezahlen wollte, verlor [116]), oder wenn er die Zahlung nicht

102) L. 4. §. 10. D. 44. 4. L. 17. §. 1 u. 3. D. ibid. L. 19. §. 1. D. de reg. iuris. (50. 17.)

103) L. 8. §. 1. D. 44. 4. L. 3. §. 2. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 26. D. ibid.

104) L. 3. §. 11. D. de adimendis vel transfer. legat. (34. 4.) L. 15. u. L. 22. D. ibid.

105) L. 89. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.)

106) L. 3. §. 5. D. nautae, caupones. (4. 9.) L. 28. D. de act. empti. (19. 1.) L. 84. §. 6. D. de legatis I. (30.)

107) L. 13. §. 9. D. de act. empti. (19. 1.) L. 85. D. de legatis I. (30.)

108) L. 4. §. 9. D. 44. 4. L. 5. §. 2. L. 14. D. ibid. Caius, inst. II. §. 76—78. §. 30. J. de rerum divis. (2. 1.) L. 39. §. 1. D. de haereditatis petitione. (5. 3.) L. 50. §. 1. D. ibid. L. 23. §. 1—4. D. de rei vindicatione. (6. 1.) L. 27. §. 5. D. ibid. L. 30. L. 65. pr. D. ibid. L. 11. u. 16. D. de rei vindicatione. (3. 32.)

109) L. 8. D. de tritico, vino, oleo leg. (33. 6.)

110) L. 94. pr. D. de solut. et liberat. (46. 3.) L. un. C. etiam ob chirographariam. (8. 27.)

111) §. 30. J. de actionibus. (4. 6.)

111a) L. 4. §. 5. D. 44. 4.

112) L. 18. D. de servit. (8. 1.) L. 81. §. 3. D. de legatis I. (30.) L. 116. §. 4. D. ibid.

113) L. 4. §. 12. D. 44. 4.

114) L. 12. §. 2. D. ratam rem haberi. (46. 8.)

115) L. 26. C. de fideicommissis. (6. 42.)

116) L. 6. D. 44. 4.

annahm und nachher doch auf das Intereſſe morae klagt, oder die Sache inmittelſt ohne Hinzuthun des Schuldners untergegangen iſt[117]), oder wenn nach dem Tode des Gläubigers Niemand da war, an welchen man mit Sicherheit zahlen konnte und der Erbe doch Verzugszinſen auf die Zeit fordert[118]); wenn Jemand das Vorkaufsrecht hat und auf die wiederholte Anzeige des Beſitzers der Sache, daß er verkaufen wolle, ſich in einer angemeſſenen Friſt nicht erklärt, nachher aber doch auf die bedungene Conventionalſtrafe klagt[119]); wenn Jemand auf Leiſtung der Eviction klagt, und gleichwohl die vorher nöthige Litisdenunciation unterlaſſen hat[120]); wenn dem Kläger nachgewieſen werden kann, daß er kein Intereſſe an der Anſtellung der Klage habe[121]); wenn an den Pflegebefohlenen Zahlung ohne Vollwort ſeines Vormundes geleiſtet worden iſt, und den auf legale Zahlung klagenden Vormündern nachgewieſen werden kann, daß das Geld in den Nutzen des Pflegebefohlenen verwendet worden[122]); wenn ein Vormund ohne richterliches Decret Grundſtücke ſeines Pflegebefohlenen verkauft oder verpfändet und mit den erhaltenen Geldern einen Gläubiger ſeines Mündels abfindet[123]), oder wenn dieß ein Vormund thut, welcher wegen unterlaſſener satisdatio rem pupilli salvam fore noch kein Verwaltungsrecht an den Gütern ſeines Pflegebefohlenen hatte[124]); wenn ein Mündel ohne Einwilligung ſeines Vormundes Güter verkauft und durch den gelöſten Kaufpreis reicher geworden iſt[125]), oder wenn Jemand den Gläubiger ſeines Gläubigers abfindet und der letztere dieſe Zahlung nicht ratihabiren will[126]); wenn ein Contrahent in der einen Rückſicht mehr, in der anderen weniger leiſtet, als er verſprochen hat, und den Mitcontrahenten zwingen will, daß das Mehr und Minder mit einander compenſirt werde[127]); wenn Jemand von derſelben Perſon die Sache und den Werth derſelben verlangt[128]); endlich gewährt unſere Einrede ein bewährtes Rechtsmittel gegen alle Sophismen, Trugſchlüſſe und Subtilitäten, durch welche entweder das Recht abſichtlich verdreht oder wenigſtens unter gewiſſen zufälligen Verwickelungen der Richter in Verlegenheit geſetzt werden kann[129]). So ſehr nun die Sphäre der Exception nach den römiſch-Juſtinianiſchen Rechtsquellen erweitert ſcheint,

---

117) L. 84. §. 3. D. de legatis I. (30.) L. 73. §. 2. D. de verb. obligat. (45. 1.)
118) L. 9. §. 1. D. de usuris et fructibus. (22. 1.)
119) L. 122. §. 3. D. de verborum oblig. (45. 1.)
120) L. 29. §. 3. D. de leg. III. (32.)
121) L. 2. §. 6. D. 45. 1.
122) L. 4. §. 4. D. 44. 4. L. 16. D. ibid. Caius, inst. II. §. 84. §. 2. J. quibus alienare licet. (2. 8.) L. 4. D. de except. (44. 1.)
123) L. 7. §. 5. L. 13. §. 1. D. de rebus eorum, qui sub tutela. (27. 9.)
124) L. 7. §. 1. D. de curatore furioso. (27. 10.)
125) L. 9. C. de usucapione pro emtore. (7. 26.)
126) L. 6. D. 44. 4.
127) L. 42. D. 19. 1.
128) L. 14. §. 2. D. de condictione furtiva. (13. 1.) L. 77. §. 5. D. de legatis II. (31.) Vgl. L. 57. D. de regulis iuris. (50. 17.)
129) L. 88. pr. u. §. 1. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)

ſo iſt dieſelbe doch in Anwendung auf die heutigen Rechtsverhältniſſe geſchloſſen, wie ſchon aus der Geſchichte der Reception der Juſtinianiſchen Rechtsquellen in Teutſchland hervorgeht. Man muß ſich demnach wohl hüten, ſich zu dem Irrthume mancher Praktiker verleiten zu laſſen, als dürfe man auch im heutigen Rechte dieſes Rechtsmittel zur Fortbildung des Rechtes benutzen, wo ein Anſchein von natürlicher Billigkeit für eine derartige Ausdehnung zu ſprechen ſcheint. Es könnte dann leicht dahin kommen, daß man, ohne das corpus iuris nachzuſchlagen, aus dem eigenen Kopfe ein Syſtem entſtehen ließe, welches aller geſunden Vernunft Hohn ſpräche.

Die Einrede iſt ihrer Natur nach keine perſönliche Einrede, ſondern eine exceptio rei cohaerens und kommt demnach regelmäßig den Univerſalſucceſſoren desjenigen, welcher durch den dolus des Klägers in Schaden kommt, zu ſtatten, ingleichen den Bürgen und Mandatoren, und allen, welche ein Intereſſe daran haben, daß der Hauptſchuldner durch den Gebrauch derſelben von ſeiner Forderung frei werde[130]). — Ihrer Form nach iſt ſie auch nicht auf die Sphäre der exceptio beſchränkt, vielmehr kann ſie auch als replicatio, triplicatio etc. geltend gemacht werden[131]). Als Replication kommt ſie vorzüglich dann vor, wenn ein Erlaßvertrag (pactum de non petendo) wegen des dolus der anderen Partei als unwirkſam dargeſtellt werden ſoll[132]). — Was den Beweis unſerer Exception angeht, ſo hat ihn offenbar der Beklagte nach den allgemeinen Regeln vom Beweiſe zu führen. Daß derſelbe auch auf den dolus des Klägers ſich erſtrecken müſſe, leuchtet aus dem Geſagten hinreichend hervor, und beſtätigt ſich auch durch den Grundſatz, daß ein dolus nie vermuthet werde, alſo bewieſen werden müſſe[133]), ein Grundſatz, welcher auf unſere Exception beſondere Anwendung leidet. Doch wird dieſer Beweis ſchon durch den Nachweis von Thathandlungen, aus welchen die unredliche Abſicht des Klägers gefolgert wird, hergeſtellt werden können[134]); vorausgeſetzt, daß derſelbe in einem Alter ſteht, welchem überhaupt eine ſolche Abſicht zugetraut werden kann[135]), und in einem geiſtigen Zuſtande ſich befindet, welcher den freien Gebrauch des Verſtandes nicht ausſchließt[136]), und endlich ſich nicht giltiger Weiſe auf Irrthum oder Unwiſſenheit berufen kann[137]). Als beſondere unſere Exception betreffende Grundſätze ſind hier noch zu erwähnen, 1) daß gegen dieſelbe eine replicatio doli mali unzuläſſig iſt. Der Grund von dieſer in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern als geltend aus-

130) L. 7. pr. u. §. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.)

131) L. 6. C. de except. (8. 36.) L. 3. C. ibid. L. 4. §. 14. D. 44. 4. L. 35. D. 2. 14. L. 7. §. 1. D. de curatore furioso. (27. 10.)

132) L. 2. §. 11. L. 35. D. 2. 14. L. 6. C. 8. 36.

133) L. 18. §. 1. D. de probationibus et praesumtionibus. (22. 3.) L. 6. C. de dolo malo. (2. 21.)

134) L. 1. §. 2. L. 2. §. 4—6. L. 4. §. 15. L. 5. §. 1 u. 2. D. 44. 4. Vgl. L. 41. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) L. 7. pr. D. de administrat. et periculo tut. (26. 7.) L. 8. §. 9. D. mandati vel contra. (17. 1.)

135) L. 4. §. 26. D. 44. 4.

136) L. 4. §. 26. D. 44. 4.

137) L. 177. §. 1. D. 50. 17. L. 2. §. 5. D. 44. 4.

geſprochenen Anſicht [138]) liegt wohl in dem Zwecke der exceptio doli, welcher in den Fällen, wo dolus mit dolus compenſirt werden kann, wegfallen würde [139]); wenigſtens wird dieſer Grund bereits von Labeo geltend gemacht. 2) Daß gegen Perſonen, denen der Kläger Reſpect zu bezeugen hat, die doli exceptio nicht zuläſſig iſt, damit ihr guter Name nicht vor den Leuten befleckt werde [140]). Zu dieſer Claſſe von Perſonen rechnet man die Eltern und Patrone, welchen man nicht allein bei ihrem Leben, ſondern auch nach ihrem Tode in dieſer Rückſicht Ehrfurcht zu bezeigen hat, und mithin auch ihren Erben aus Handlungen der Verſtorbenen die doli mali exceptio nicht entgegenſtellen kann. Statt der doli exceptio wird in dieſen Fällen eine in factum concipirte Exception geſtattet. Auf die Erben des Liberten bezieht ſich die Vorſchrift nicht, daher dieſe auch gegen den Patron ihres Erblaſſers die doli exceptio brauchen können [141]). Auf die rechtlichen Geſchäften hinzugefügte doli clausula leidet die Vorſchrift ebenfalls nicht Anwendung, da aus derſelben nicht die actio doli mali, ſondern vielmehr die actio ex stipulatu entſpringt [142]).

Exceptio fori, auch exceptio fori non competentis heißt bei den neueren Rechtsgelehrten die Einrede, wodurch die vor einem Richter, deſſen Gerichtszwange ſie nicht unterworfen iſt, verklagte Perſon ſich von der Verurtheilung im gegenwärtigen Prozeſſe befreit. Bei den Römern heißt ſie praescriptio fori [1]), auch fori praescriptio [2]), inwiefern praescriptiones alle ſolche Einwendungen genannt wurden, welche gegen die Klage, der ſie entgegenſtehen, zerſtörliche Wirkung haben, aber vor der Unterſuchung der Hauptſache in Erwägung gezogen werden müſſen [3]). War der Richter, vor welchen der Beklagte gerufen wurde, incompetent, ſo mußte ſich der letztere zwar jedenfalls vor ihm ſtellen, damit der Magiſtrat beurtheilen könne, ob er über ihn die Jurisdiction habe oder nicht [4]). Dieſer Grundſatz, welcher zur Zeit, wo noch die in ius vocatio in Gebrauch war, entſtanden iſt, wurde auch ſpäterhin, als die Prozeſſe durch die richterliche Ladung eingeleitet wurden, beibehalten. Nun erſt ſtand es dem Beklagten frei, ſeine Exception anzubringen, und die ihm in Betreff des Gerichtsſtandes zuſtehenden Privilegien, wie z. B. das den Legaten

138) L. 4. §. 13. D. 44. 4. L. 154. pr. D. 50. 17.

139) L. 4. §. 13. D. 44. 4., vergl. mit L. 1. §. 1. L. 11. §. 1. D. ibidem.

140) L. 4. §. 16. D. 44. 4. L. 7. §. 2. D. 38. 15. Vgl. L. 11. §. 1. D. de dolo malo. (4. 3.)

141) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

142) L. 4. §. 16. D. 44. 4.

1) L. 13. C. de exceptionibus. (8. 36.)

2) L. 29. C. de pactis. (2. 3.) L. 7. C. de iurisd. omn. iud. (3. 13.) Mit dem Namen praescriptio allein wird ſie bezeichnet in L. 50. §. 1 u. 2. L. 52. §. 3 u. 4. D. de iudiciis. (5. 1.)

3) Vergl. Zimmern, der römiſche Civilprozeß, §. 97, S. 304.

4) L. 2. pr. D. si quis in ius vocatus. (2. 5.) L. 5. D. de iudiciis (5. 1.)

zuſtehende privilegium revocandi domum geltend zu machen [5]). Daß die fori praescriptio ausdrücklich, und zwar im Anfange des Prozeſſes vorgeſchützt werden muß, wenn ſie im gegenwärtigen Prozeſſe irgend berückſichtigt werden ſoll, iſt ſchon altes Recht und durch kaiſerliche Conſtitutionen nur beſtätigt worden [6]). Als den Zeitpunkt, wo dieſe Vorſchützung geſchehen mußte, bezeichnen die ſpäteren kaiſerlichen Conſtitutionen die Zeit vor der litis contestatio, daher nach derſelben eine Aenderung des Gerichtes nicht mehr möglich iſt [7]). Und daß dieß auch zur Zeit der claſſiſchen Juriſten Rechtens geweſen, ergibt ſich aus der Natur der Litisconteſtation des älteren Rechtes von ſelbſt. Damit hängt es jedenfalls zuſammen, wenn die Competenz des Richters allein nach dem Zeitpunkte der in ius vocatio, nicht nach der Folgezeit beurtheilt wird, ſo daß, wenn ſich das Forum des Beklagten auch ſpäter ändert, auf dieſe Aenderung keine Rückſicht genommen werden ſoll [8]); wenn ferner im claſſiſchen Pandektenrechte der Grundſatz feſtſteht, daß, wo die Litisconteſtation erfolgt iſt, auch der Prozeß zu Ende geführt werden müſſe [9]), was auch auf die Execution ausgedehnt wird [10]), und wenn endlich aus der vor dem incompetenten Richter vorgenommenen Litisconteſtation gefolgert wird, daß der Beklagte ſeiner exceptio fori völlig entſagt habe [11]).

Daß der Beklagte den Beweis der Einrede zu führen habe, verſteht ſich nach den allgemeinen Prozeßregeln von ſelbſt. Die Entſcheidung der Frage, ob ſie gegründet ſei oder nicht, gehört vor den Richter, vor welchem der Beklagte die Einrede vorſchützt [12]); denn die Frage über die Zuſtändigkeit des Gerichtes wird nicht als propria causa des Richters angeſehen. Verfährt der Richter, deſſen Competenz angefochten wird, ohne ſich auf die Einrede einzulaſſen, in dem Prozeſſe, gleich als wäre er competent, ſo tritt, wenn ſich ſpäter ſeine Incompetenz herausſtellt, eine unheilbare Richtigkeit aller von ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen ein [13]), ſo daß es zur Umſtoßung des von ihm gefällten Urtheiles nicht nur nicht der Appellation bedarf, ſondern auch eine exceptio rei iudicatae daraus nicht entſtehen kann. — Daß man der Exception beliebig entſagen könne, iſt im ſpäteren römiſchen Rechte ausdrücklich anerkannt [14]), wenn ſchon früherhin daran gezweifelt wurde. Auch kommt die Einrede in Wegfall, wenn die Parteien einem incompetenten Richter durch beſonderen Vertrag

---

5) L. 2. §. 4—7. D. 5. 1. L. 5. D. ibid.
6) L. 13. C. 8. 36.
7) L. 4. C. 3. 13. Nov. 53. c. 3. pr.
8) L. 7. D. 5. 1. L. 19. pr. D. de iurisdict. (2. 1.) L. 4. §. 1. C. de in ius vocando. (2. 2.)
9) L. 30. D. 5. 1.
10) L. 1. D. de rebus auctoritate iud. (42. 5.) L. 19. §. 1. D. 5. 1. L. 19. pr. D. 2. 1.
11) L. 4. C. 3. 13. Nov. 53. c. 3. Aus der editio actionis kann dieß nicht gefolgert werden. L. 33. D. 5. 1.
12) L. 2. pr. D. 2. 5. L. 5. D. 5. 1.
13) L. 20. D. 2. 1. L. 1. 2. 4. C. si non comp. iud. (7. 48.)
14) L. 29. C. de pactis. (2. 3.)

ſich unterworfen[15]), vorausgeſetzt, daß dieſer überhaupt Jurisdiction habe[16]) und ſich mit der Sache befaſſen wolle[17]), und die Parteien davon unterrichtet ſind, daß er incompetent ſei[18]); ein Fall, welchen man in der Kunſtſprache der heutigen Rechtsgelehrten mit dem Namen der freiwilligen Prorogation zu bezeichnen pflegt[19]). Daß endlich bei der Litisdenunciation der Denunciat an das Forum ſeines Denuncianten gebunden iſt, und in dieſer Beziehung nicht die exceptio fori brauchen kann[20]), iſt nicht ſowohl als eine Abweichung von der Regel zu betrachten, ſondern ergibt ſich aus der prozeſſualiſchen Stellung des Intervenienten zum wahren Beklagten, da er entweder als ſimpler Beiſtand, oder als deſſen Procurator im gegenwärtigen Prozeſſe aufzutreten berechtigt iſt. — Streitig iſt es, ob die vorliegende Einrede den dilatoriſchen oder peremtoriſchen Einreden zuzuzählen ſei. Daß ſie in den römiſchen Rechtsquellen nach Analogie der dilatoriſchen, welche bekanntlich ſtets am Anfang des Prozeſſes vorgebracht werden müſſen, behandelt wird, ergibt ſich aus dem oben Geſagten; allein damit iſt noch nicht geſagt, daß ſie eine wahre Exception im Sinne des römiſchen Rechtes ſei, da ſie auch nirgends **exceptio**, immer nur praescriptio genannt wird.

Die Grundſätze des gemeinen Rechtes ſind auch heutzutage giltig, und finden theilweiſe in den teutſchen Reichsgeſetzen[21]) volle Beſtätigung. Die heutige Doctrin hat auch nichts daran geändert; doch muß ſchon von Amtswegen die Zurückweiſung des angebrachten Klaglibells erfolgen, wenn der Gegenſtand derſelben eine privilegirte Sache iſt, in Anſehung welcher der angerufene Richter gar keine Jurisdiction hat, weil hier auch durch der Partcien Zuſtimmung eine Prorogation nicht möglich iſt[22]).

Exceptio iurisiurandi[1]) heißt in der Kunſtſprache der römiſchen Rechtsgelehrten die peremtoriſche Einrede, mit welcher derjenige,

---

15) L. 1. u. 2. pr. §. 1 u. 2. D. 5. 1. L. 74. §. 1. D. ibid. L. 15. D. 2. 1. L. 28. D. ad munic. (50. 1.) L. 1. C. 3. 13.

16) L. 3. C. 3. 13. Vgl. L. 1. D. 5. 1. L. 74. §. 1. D. ibid.

17) Eigentlicher Conſens des Magiſtrates wird nicht verlangt, daher auch ſchon der Magiſtrat, welcher ſich irrthümlicher Weiſe für competent hielt, das Urtheil ſprechen kann. L. 2. §. 1. D. 5. 1.

18) L. 15. D. 2. 1. L. 2. pr. D. 5. 1.

19) Vgl. Bach, de prorogatione iurisdictionis, in opusculis p. 406 sq. Stockmann, de iurisdictione prorogata. Lipsiae 1777, 8. Bethmann-Hollweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeſſes, S. 10—12.

20) L. 49. pr. D. 5. 1. L. 1. C. 3. 19.

21) J. R. A. §. 40 u. 122.

22) Vgl. Bayer, Vorträge über den gem. Civilprozeß (2. Ausg.), S. 95.

1) Literatur: Malblanc, de iureiurando. Norimbergae 1781. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 178—398. Von älteren exegetiſchen Schriften verdienen hier beſonders folgende Erwähnung: Guil. Barclaius, comm. ad tit. Pandectarum de iureiurando, in Ottonis thes. iuris Rom. tom. III. p. 910 sq., und Janus a Costa, praelectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta iuris civilis, p. 144 sq. Die in dieſe Lehre einſchlagenden Verordnungen des Kirchenrechtes ſind ſehr gut erläutert von Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. XXIV. tom. I. p. 1264—1326.

welcher einen ihm vom Gegner deferirten rechtmäßigen Eid über einen Streitgegenſtand abgeleiſtet hat, oder was dem gleich ſteht, die Abweiſung der Klage erzwingt, wenn der Deferent dieſen Gegenſtand von ihm ſpäterhin einklagt [2]). Dieſe Exception gründet ſich auf eine Stelle des prätoriſchen Edictes, worin der Magiſtrat erklärte, daß er über Gegenſtände, über welche ein Eid rechtsgiltiger Weiſe angetragen worden, weder gegen den Delaten noch gegen den, an welchen die Sache komme, eine Klage geſtatten werde [3]). Die Exception bezieht ſich ebenſowohl auf den gerichtlich [4]) als außergerichtlich angetragenen Eid, wenn ſchon manche Rechtsgelehrte ſie nur auf den zuletzt genannten Fall beſchränken [5]); gründet ſich auf die juriſtiſche Annahme der Unmöglichkeit eines Meineides [6]), ein Grundſatz, welcher zwar noch nicht zu Labeo's Zeiten feſtſtand, da dieſer bei dem Beweiſe des Meineides die doli actio noch zuließ [7]), wohl aber zu den Zeiten Julian's bereits feſtſtand, da dieſer gegen die exceptio iurisiurandi die doli replicatio verweigerte [8]), und auch durch eine oratio des Kaiſers Marcus Aurelius ausdrücklich anerkannt worden iſt [9]); ſteht auch dann zu, wenn der Kläger die Wahrheit ſeines abgeſchworenen Rechtes durch andere Beweismittel auf das Bündigſte darthun kann [10]); iſt eine exceptio rei cohaerens [11]), und kommt daher nicht allein den Erben, ſondern auch den Interceſſoren [12]) zu ſtatten, ja ſelbſt den Correalſchuldnern für dieſelbe Obligation [13]), und, wenn der Eid über ein dingliches Recht abgelegt worden iſt, ſelbſt denjenigen, welche durch Singularſucceſſion die Sache, an welcher das abgeſchworene Recht zuſtand, von dem Schwörenden erwerben [14]) (einerlei, ob

---

2) §. 11. J. de actionibus (4. 6.), vergl. mit §. 4. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 7. D. de iureiurando. (12. 2.) L. 1. §. 1 u. 2. D. quarum rerum actio non datur. (44. 5.)

3) L. 7. D. 12. 2. L. 9. pr. D. ibid.

4) Dieß folgt theils aus der Vergleichung der aus dem abgeleiſteten Eide entſtehenden actio, welche ein gleiches Fundament mit der exceptio hat (L. 9. §. 1. D. 12. 2.), und wird durch L. 9. pr. L. 28. §. 4. L. 40. D. 12. 2. §. 4. J. 4. 13., und beſonders durch die allgemein ſprechende L. 7. D. 12. 2. auffallend beſtätigt.

5) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 244.

6) Iniquum est de periurio quaeri. L. 1. C. de rebus creditis. (4. 1.) L. 56. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) §. 4. J. 4. 13. ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 878. L. 31. u. 40. D. 12. 2. L. 15. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 21. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 22. D. ibid. Nur wenn Jemand wegen eines ihm vorgeblich hinterlaſſenen Legates oder Fideicommiſſes den ihm vom Erben angetragenen Eid geſchworen hat, kann dieſer Eid bei ſpäterer Auffindung des Teſtamentes aus dieſem angefochten werden. Vgl. L. 13. C. 4. 1.

7) L. 21. D. 4. 3.

8) L. 15. D. 44. 1.

9) L. 56. D. 42. 1.

10) §. 4. J. 4. 13. ibique Theoph. l. c. tom. II. p. 878. L. 28. §. 4. D. 12. 2.

11) L. 7. §. 1. D. 44. 1.

12) L. 7. §. 1. D. 44. 1. L. 28. §. 1. D. 12. 2. L. 40. D. 12. 2.

13) L. 28. §. 3. D. 12. 2.

14) L. 8. D. 12. 2.

dieß von Todeswegen, wie bei dem Legatar, oder unter den Lebenden, wie bei dem Käufer und dem Donatar, eintritt)[15]. Die Wirkung des Eides iſt die, daß die alte civile Action indirecter Weiſe conſumirt wird[16]), ſo daß nicht einmal eine Naturalobligation zurückbleibt[17]); daß Naturalobligationen ipso iure dadurch aufgehoben werden[18]), und daß ein neues auf den Eid gegründetes Verhältniß erzeugt wird[19]), welches ganz nach Analogie des Judicats beurtheilt[20]), und negativ durch die Einrede, affirmativ durch die in factum actio nach Analogie der iudicati actio geltend gemacht wird[21]), wenigſtens in den Fällen, wo nicht die alte Klage als utilis actio wiedergegeben werden kann[22]).

Die Vorausſetzungen, unter welchen der Eid zur Vorſchützung der Exception berechtigt, ſind folgende. 1) Die Parteien, unter welchen der Eid über eine Streitſache abgeleiſtet worden iſt, müſſen identiſch ſein mit denjenigen Perſonen, welche im Prozeſſe, für welchen die Exception verlangt wird, einander gegenüber treten[23]). Man beurtheilt dieſe Identität nach den Grundſätzen, welche von der Wirkſamkeit eines Vertrages gelten, da jede Delation eines Eides auf Vertrag beruht[24]), wenn ſchon manche neuere Rechtsgelehrten hier die Analogie der Litisconteſtation und des Urtheiles zu Hilfe nehmen. 2) Der Gegenſtand des vorliegenden Prozeſſes muß identiſch ſein mit demjenigen, über welchen bereits früherhin unter denſelben Perſonen ein Eid abgelegt worden[25]). Dieſe Identität iſt nach den allgemeinen Grundſätzen zu beurtheilen, welche bei der pacti exceptio in Frage kommen. Gleichgiltig iſt es, ob die Frage, welche den Gegenſtand des neuen Prozeſſes bildet, bereits in derſelben Klagform, oder in einer anderen früherhin geltend gemacht worden iſt[26]). 3) Der Eid muß von dem, welcher als Prozeßgegner jetzt auftritt, ausdrücklich verlangt (deferirt) worden ſein[27]). Dieß Erforderniß war in den Worten des prätoriſchen Edictes begründet[28]), und man nahm an, daß

15) L. 8. D. 12. 2.
16) L. 30. §. 3. D. 12. 2. L. 28. §. 4, 6—9. D. ibid. L. 30. §. 4. u. L. 31. D. ibid.
17) L. 40. D. 12. 2. L. 43. D. de cond. indebiti (12. 6.), vergl. mit §. 4. J. 4. 13.
18) L. 95. §. 4. D. de solutionibus et liberat. (46. 3.) L. 42. pr. D. 12. 2.
19) L. 26. §. 2. D. 12. 2. L. 27. D. ibid. L. 35. §. 1. D. ibid.
20) L. 1. pr. D. 44. 5. L. 26. §. 2. D. ibid. L. 35. §. 1. D. ibid.
21) L. 8. C. 4. 1. L. 9. §. 1. D. 12. 2. L. 11. §. 1. D. 12. 2.
22) L. 11. §. 3. D. 12. 2. L. 13. §. 5. L. 30. §. 2. D. ibid. §. 11. J. 4. 6. Vgl. indeß L. 30. pr. D. 12. 2.
23) L. 7. §. 7. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.) L. 9. §. 7. D. 12. 2. L. 10. u. 11. pr. D. ibid., vergl. mit L. 7. u. L. 8. D. ibid.
24) L. 26. §. 2. D. 12. 2. L. 2. D. ibid. Daher die Einrede in L. 25. D. 12. 2. geradezu pacti exceptio genannt wird.
25) L. 28. §. 2, 4—8. D. 12. 2.
26) L. 28. §. 4. D. 12. 2.
27) §. 4. J. 4. 13. §. 11. J. 4. 6. L. 3. pr. D. 12. 2. L. 7. D. ibidem.
28) L. 3. pr. L. 7. D. 12. 2.

ein nach vorgängiger Delation abgeleiſteter Eid ſchon deßhalb vom Prätor geſchützt werden müſſe, weil der Gegner durch den Antrag den Schwörenden gewiſſermaßen als Richter in eigner Sache ausdrücklich anerkannt habe [29]). Sich ſelbſt ohne vorgängige Delation etwas zuzuſchwören, galt für ein bequemes Auskunftsmittel, um ſich gerechten Klaganſprüchen zu entziehen [30]). 4) Die Delation des Eides muß von dem vorgenommen worden ſein, welcher über den Streitgegenſtand zu disponiren befugt iſt [31]). Pupillen bedürfen zur Delation der Auctorität ihres Vormundes [32]); erklärte Verſchwender können einen Eid gar nicht antragen [33]). Procuratoren können in Sachen ihrer Vollmachtgeber den Eid nur inſofern giltig antragen, als ſie entweder zur Verwaltung aller Güter und Geſchäfte beſtellt ſind, oder zur Eideszuſchiebung Specialvollmacht erhalten haben, oder der ihnen ertheilte Auftrag ein mandatum in rem suam iſt [34]). Vormünder können ihn in Sachen ihrer Pflegebefohlenen nur inſofern antragen, als ihnen ein Veräußerungsrecht an den Gütern derſelben zuſteht [35]). Inſofern alſo bei Veräußerungen eine gerichtliche Unterſuchung und obrigkeitliche Einwilligung erforderlich iſt, iſt ſolche auch zur Eidesdelation nothwendig. 5) Der Antrag des Eides muß auf eine zu Recht beſtändige Weiſe geſchehen. Man beurtheilte dieß ganz nach dem Willen des Deferenten; denn es galt hier die abſolute Regel, der Eid müſſe, wenn er als Eid gelten ſolle, ganz nach der von jenem vorgeſchlagenen Formel geſchworen worden ſein [36]). Einerlei iſt es dabei, ob der Eid unter Anrufung der Gottheit [37]) abgelegt wird, oder bei einem anderen dem Schwörenden theueren Gegenſtande, z. B. per genium principis [38]), per salutem Caesarum [39]), per caput imperatoris [40]), per salutem suam [41]), per salutem liberorum etc. Das Intereſſe des Deferenten an dem Gegenſtande, bei welchem geſchworen wird, bleibt unberückſichtigt [42]). Das Kirchenrecht hat auch keine beſtimmte Formel für den Eid vorgeſchrieben; die teutſchen Reichsgeſetze begünſtigen beſonders die Formeln: zu Gott und den Heiligen, zu Gott und auf das heilige Evangelium, und ſo wahr mir Gott helfe und ſein heiliges Wort [43]). Allein damit iſt noch keineswegs geſagt,

29) L. 1. pr. D. 44. 5.
30) L. 3. pr. D. 12. 2.
31) L. 35. §. 1. D. 12. 2.
32) L. 17. §. 1. D. 12. 2. L. 1. pr. D. 44. 5.
33) L. 35. §. 1. D. 12. 2.
34) L. 17. §. 3. D. 12. 2. L. 18. D. ibid. Cap. 4. in VI. de procuratoribus. (1. 19.)
35) L. 17. §. 2. D. 12. 2.
36) L. 5. pr. D. 12. 2. L. 13. §. 6. L. 33. D. ibid.
37) L. 41. C. de transact. (2. 5.)
38) L. 13. §. 6. D. 12. 2. Tertull. apol. 32.
39) Tertull. apol. 32.
40) Zosimus hist. V. 49. u. 51.
41) L. 5. pr. L. 33. D. 12. 2.
42) L. 5. §. 1. D. 12. 2.
43) Paſſauer Vertrag von 1552, §. und ſoll auch. Reichsabſchied v. 1555 §. 106.

daß durch dieſe Empfehlung beſtimmter Formeln das ältere Recht ganz aufgehoben worden ſei. Die Mennoniten ſchwören immer nur bei Mannenwahrheit [44]). 6) Der Gegenſtand, über welchen der Eid angetragen wird, muß überhaupt den Eid nicht ausſchließen. In der Regel iſt der Eid bei allen Geſchäften und Klagen für zuläſſig zu achten, ſelbſt bei ſolchen Thatſachen, welche entweder als Delict anerkannt ſind, oder aber ein famosum iudicium begründen [45]). Ausgeſchloſſen iſt der Eid nach den Grundſätzen des gemeinen Rechtes nur bei Beſtärkung ſolcher Handlungen, welche geradezu gegen die Verfügung eines Geſetzes verſtoßen [46]), oder in fraudem legis vorgenommen werden, und es kann nur als Ausnahme gelten, wenn von Minderjährigen, welche die Pubertät erreicht haben, beſchworene Contracte nach der Authentica sacramenta puberum aufrecht erhalten werden [47]). Viel weiter geht das Kirchenrecht, welches die Regel aufſtellt, daß alle Eide gehalten werden ſollen, ſo weit ſich ihre Erfüllung mit dem Seelenheil des Schwörenden für das künftige Leben verträgt, und dritten Perſonen nicht zum Schaden gereicht [48]), und gleichwohl in einzelnen Fällen beſchworene Zuſagen von Handlungen, welche durch die Kirchengeſetze verboten ſind, für ungiltig erklärt [49]). Dadurch wird wenigſtens ſo viel gewiß, daß Geſchäfte, zu deren juriſtiſchem Beſtehen gewiſſe Förmlichkeiten verlangt wurden, bei dem Hinzutritt des Eides auch dann den Schwörenden binden, wenn dieſe Solennitäten im concreten Falle fehlen [50]), und daß man namentlich des Rechtes, gewiſſe Geſchäfte, die zum eignen Nachtheile gereichen, umzuſtoßen, verluſtig wird, wenn dieſelben von dem, welcher ſie umzuſtoßen berechtigt war, beſchworen worden ſind [51]). Streitig iſt es, ob die bindende Kraft des Eides auch auf die Erben des Schwörenden übergehe oder nicht. Allerdings hat das Kirchenrecht nichts darüber entſchieden, allein für den Uebergang auf die Erben läßt ſich die Analogie des gemeinen Rechtes anführen, wenn ſchon die Anklage des Meineides für dieſe nicht zu befürchten ſteht [52]). 7) Die Zu-

---

44) Reichsviſitationsſchluß von 1768, in Balemann's Sammlung der Viſitationsſchlüſſe, S. 86.

45) Paulli sent. recept. II. 1. 1. L. 3. §. 1. D. 12. 2. L. 34. pr. D. ibid. L. 25. §. 3. D. de probationibus. (22. 3.) L. 5. §. 8. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 13. §. 2. D. 12. 2. L. 6. §. 4. D. de his, qui notantur infamia. (3. 2.) L. 9. §. 2. L. 28. §. 6. D. 12. 2. L. 11. §. 2. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)

46) L. 5. §. 1. C. de legibus et constitutionibus. (1. 14.) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.)

47) Authent. Frid. ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)

48) Cap. 28. X. de iureiurando. (2. 24.) Cap. 2. in VI. de pactis. (2. 18.)

49) Cap. 18. X. de testibus. (2. 20.) Cap. 4. X. de testibus non cogendis. (2. 21.) Cap. 7. X. de pignoribus. (3. 21.) Cap. 1. X. de iureiurando. (2. 24.) Cap. 20. X. ibidem. Etwas verſchiedener Anſicht iſt Alexander III. in cap. 6. X. 2. 24.

50) Vergl. Boehmer, ius ecclesiasticum Protestantium, II. 24. §. 28—32. tom. I. p. 1283.

51) Cap. 2. in VI. de pactis. (1. 18.) Cap. 28. X. de iureiur. (2. 24.) Vgl. cap. 9. X. de arbitris. (1. 43.)

52) Vergl. Böhmer l. c. §. 38. tom. I. p. 1289 sq.

ſchiebung des Eides muß an den erfolgt ſein, welcher im Stande iſt, die Wichtigkeit des Eides zu beurtheilen. Daher kann die Delation nicht mit Wirkung geſchehen an Unmündige[53]), wenn ſchon dieſelben nach röm. Rechte einen Eid abzuleiſten vermögen[54]). Nach dem Kirchenrechte können ſie aber auch nicht einmal dieß, da es das Alter von vierzehn Jahren als den Zeitpunkt der Eidesmündigkeit feſtſetzt[55]); nach der teutſchrechtlichen Praxis bleibt der den Unmündigen deferirte Eid bis zu ihrer Eidesmündigkeit ausgeſetzt. 8) Die Willensbeſtimmung des Schwörenden muß frei ſein, daher Zwang, Irrthum und Argliſt die Wirkung jedes Eides vernichten[56]). Zwar läßt das katholiſche Kirchenrecht auch im Fall der Gewalt die aus dem Eide hervorgehende Verbindlichkeit ipso iure fortbeſtehen, ſo daß es einer Relaxation von Seiten des geiſtlichen Richters bedarf[57]); allein bei den Proteſtanten iſt dieſe Entbindung des Gewiſſens nicht mehr von nöthen, da jene Beſtimmung nur die Erweiterung der geiſtlichen Gewalt und Gerichtsbarkeit bezweckte[58]). Dabei verſteht es ſich von ſelbſt, daß dieſe Ungiltigkeit erſt auf dem Wege der gerichtlichen Unterſuchung ausgeſprochen werden kann, und daß, falls dieſe eröffnet wird, der, welcher den Eid geleiſtet hat, auch den Beweis des Mangels der freien Einwilligung zu führen habe. 9) Der Schwörende muß nicht durch ein ſpecielles Geſetz die Fähigkeit einen Eid abzulegen verloren haben. Die von Betrunkenen und des Meineides Ueberwieſenen abgelegten Eide ſind für ungiltig zu erachten, wenigſtens nach den Vorſchriften des Kirchenrechtes[59]). 10) Der Eid muß ganz ſo, wie der Deferent es verlangt hat, entweder abgelegt werden[60]), oder der Delat ſich zur Ableiſtung bereit erklärt haben, der Deferent aber ihn erlaſſen haben[61]). Dieſen Erlaß bezeichnen die römiſchen Rechtsquellen mit dem Ausdrucke remittere iusiurandum, gratiam iurisiurandi facere, und binden ihn an dieſelben Bedingungen, wie die Delation[62]). — Eigenthümlichkeiten des gerichtlich angetragenen Eides ſind 1) daß der Delat den Eid an den Deferenten zurückgeben kann (iusiurandum referre), was bei dem außergerichtlichen nicht möglich iſt[63]); für beſcheidener gilt, als wenn der Delat den ihm angetragenen Eid ſelbſt

---

53) L. 34. §. 2. D. 12. 2.
54) L. 26. pr. L. 42. pr. D. 12. 2.
55) Can. 14—16. causa XXII. qu. 5.
56) Cap. 23. X. 2, 24. Cap. 2. in VI. 2. 18. Authentica Frid. sacramenta puberum ad L. 1. C. si adversus venditionem. (2. 28.)
57) Cap. 1, 2, 8 u. 15. X. 2. 24. Vgl. Böhmer l. c. §. 51 u. 52. tom. I. p. 1296, 1297.
58) Vergl. Malblanc, de iureiurando, §. 121 u. 123. Hommel, Rhapsod. quaest. for. vol. V. obs. 699. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 209.
59) Can. 14. u. 16. causa XXII. qu. 5.
60) L. 3. §. 4. L. 5. pr. D. 12. 2. Can. 9. causa XXII. qu. 5.
61) L. 6. L. 9. §. 1. D. 12. 2. L. 5. §. 4. L. 32. u. 41. D. ibid.
62) L. 32. D. 12. 2.
63) L. 17. pr. D. 12. 2.

ableiſtet[64]; in der Regel bei allen angetragenen Eiden erlaubt iſt[65]), außer wenn der Eid über ein vom Delaten begangenes furtum, oder amotio rerum[66]), oder ſonſt über den Grund eines famosum iudicium[67]) angetragen worden; im Ganzen nach denſelben Regeln zu beurtheilen iſt, wie die Eidesdelation ſelbſt[68]), und dem Deferenten die Nothwendigkeit auferlegt denſelben abzuleiſten, wofern ihm dieſe Ableiſtung nach der Acceptation nicht ausdrücklich vom Gegner erlaſſen wird[69]). Weigert ſich der Deferent den ihm referirten Eid zu leiſten, ſo gilt er natürlich der Hauptſache nach für geſtändig[70]), und das umgekehrte Geſtändniß liegt vor, wenn ſich der Delat weigert den ihm deferirten Eid zu ſchwören oder die Relation deſſelben vorzunehmen[71]). 2) Daß der Deferent, wenn es der Delat verlangt, vor der Ableiſtung des angetragenen Eides den Eid vor Gefährde (iusiurandum calumniae) zu leiſten hat[72]). Geſchieht dieß nicht, ſo gilt der Haupteid für erlaſſen[73]). Streitig iſt es, ob dem Patrone und den Eltern dieſer Eid vor Gefährde erlaſſen wird[74]). Bei dem referirten Eide hat der Referent nie den Gefährdeeid zu ſchwören[74a]). 3) Daß der Grundſatz des prätoriſchen Edictes aut solvere aut iurare cogam in aller Strenge eintritt[75]), und ſomit eine Art von Zwang zum Eide zuläßt, welcher Zwang freilich nicht weiter gehen kann, als der zur Litisconteſtation[76]). Doch fällt dieſer Zwang bei den Procuratoren und Defenſoren von ſelbſt weg[77]), ferner findet er bei Eiden nicht ſtatt, welche über fremde Handlungen abgelegt werden ſollen[78]), endlich waren im älteren Rechte Zwangsmittel gegen gewiſſe Prieſterclaſſen, nämlich den flamen Dialis und die veſtaliſchen Jungfrauen nicht zuläſſig, wovon indeß im Juſtinianiſchen Rechte keine Spur mehr vorhanden iſt[79]). 4) Daß der einmal angetragene und noch nicht abgelegte

---

64) L. 25. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.)

65) L. 34. §. 7. L. 38. D. 12. 2. L. 25. §. 1. D. 13. 5. L. 8. u. 9. C. 4. 1.

66) L. 11. §. 3. L. 12. u. 13. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)

67) Cap. 36. pr. X. de iureiurando. (2. 24.)

68) L. 25. §. 1. D. 13. 5.

69) L. 8. C. 4. 1.

70) L. 34. §. 7 u. 9. D. 12. 2. L. 12. §. 1. C. 4. 1.

71) L. 38. D. 12. 2.

72) L. 37. D. 12. 2. L. 34. §. 4. D. ibid. L. 11. §. 1. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.) L. 9. C. 4. 1. L. 32. C. de fideicommissis. (6. 42.)

73) L. 37. D. 12. 2.

74) Nach der gewöhnlichen Leſeart in L. 34. §. 4. D. 12. 2. wird der Eid den Patronen und Eltern nicht erlaſſen; wohl aber den erſteren nach L. 16. D. ibid. Vgl. Cuiacii obs. IX. 37.

74a) L. 34. §. 7. D. 12. 2.

75) L. 34. §. 6. D. 12. 2. L. 9. C. 4. 1.

76) L. 28. §. 2. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 34. §. 3. D. 12. 2. L. 11. §. 1 u. 2. D. 25. 2.

77) L. 34. §. 3. D. 12. 2. Schwören die Stellvertreter, ſo kommt ihr Eid den Parteien, welche ſie vertreten, zu ſtatten. L. 9. §. 6. D. 12. 2. L. 42. §. 2. D. ibid.

78) L. 11. §. 2. D. 25. 2.

79) Gell. N. A. 10. 15.

Eid bis zur Fällung und Rechtskraft des Endurtheiles vom Kläger zurückgenommen und durch andere Beweismittel ersetzt werden kann [80]). Iſt der einmal angetragene Eid vom Deferenten zurückgenommen, ſo ſteht ihm ſpäter kein Regreß zu dieſem Beweismittel zu [81]).

Exceptio iusti dominii [1]) heißt in der Kunſtſprache der römiſchen Juriſten [2]) die dem Beſitzer einer Sache, welche ihm mit der Publiciana in rem actio abgefordert wird, zuſtehende Einrede, welche ſich auf das dem Beklagten zuſtehende Eigenthumsrecht an der Sache ſtützt, und, da der Zweck der publicianiſchen Klage nicht der iſt, dieſelbe dem Eigenthümer zu entziehen [3]), die Abweiſung des Klägers zur Folge hat. Die Formel, in welcher ſie concipirt wird, iſt: si ea res possessoris non sit [4]), eine Faſſung, welche ſich aus der negativen Faſſung aller Exceptionen leicht erklärt. Die Einrede iſt eine peremtoriſche, und bedarf von Seiten des Beklagten des Beweiſes. Daß ſie manchmal durch Replicationen entkräftet werden kann, iſt gewiß, z. B. durch die replicatio rei iudicatae, wenn Jemand eine Sache vom Nichteigenthümer gekauft hat, ſodann in der vom wahren Eigenthümer gegen ihn angeſtellten Eigenthumsklage freigeſprochen worden iſt, ſpäter den Beſitz verloren hat, und nun die Publicianiſche Klage gegen den Eigenthümer braucht [5]). Daſſelbe gilt auch dann, wenn der Kläger dem Eigenthümer den Werth der Sache bezahlt hat, die durch ſeine Schuld verloren ging, und ſie nachher wieder in die Hände bekommt [6]); wenn der Bevollmächtigte des Eigenthümers die Sache, welche der Kläger von demſelben der Vollmacht gemäß gekauft hat, der vom Gewaltgeber erhaltenen unrechtmäßigen Gegenordre ungeachtet dem Kläger tradirt und dieſer nach dem Verluſt des Beſitzes die publicianiſche Klage gegen den die Sache beſitzenden Eigenthümer anſtellt [7]), oder endlich wenn der Kläger die Sache von einem Nichteigenthümer ex causa noxali erhielt, und dieſe nachher zufällig in des Eigenthümers Hände wieder gerathen iſt [8]).

Exceptio litigiosi [1]) heißt in der Kunſtſprache der neueren Juriſten die Einrede, welche dann entgegenſteht, wenn Jemand an einer

---

80) L. 11. C. 4. 1.

81) L. 11. C. 4. 1.

1) Literatur: Schorch, diss. de actione Publiciana adversus ipsum dominum competente. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 8, S. 358, 364—367.

2) L. 16. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

3) L. 17. D. ibid.

4) L. 17. D. ibid. Die Faſſung si dominus eius sit in L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) iſt nur umſchreibend.

5) L. 24. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.)

6) L. 63. D. de rei vindicatione. (6. 1.) Vergl. Cuiacii obs. X. 6. Man nimmt zur Rechtfertigung dieſer Anſicht die Idee eines Kaufes zu Hilfe. Vgl. L. 1. u. 3. D. pro emptore. (41. 4.)

7) L. 14. D. 6. 2.

8) L. 28. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) Hier hilft die replicatio doli mali aus.

1) Literatur: Spangenberg, im Archiv für civiliſtiſche Praxis,

Sache, über welche bereits eine Litiscontestation eingegangen worden iſt, aus einem ſpäter abgeſchloſſenen Kauf- oder Pfand-, Schenkungs- oder ſonſtigen Veräußerungsvertrage auf dem Wege der Klage Rechte geltend macht. Die römiſchen Juriſten bezeichnen ſie einfach mit dem Namen exceptio, ohne den Zuſatz [2]). Die älteſte Vorſchrift, welche die Veräußerung der litigiosae res betrifft, iſt die des Zwölftafelgeſetzes, nach welchem Jeder, welcher eine ſolche Sache zur res sacra macht (in sacrum dedicare), mit dem Erſatz des doppelten Werthes beſtraft wird [3]), damit es dem Prozeßgegner nicht erlaubt ſei, die Stellung des Gegners beſchwerlicher zu machen, als ſie vorher geweſen. Cajus, welcher dieſe Vorſchrift referirt, entſcheidet die Frage, ob dieſes Duplum dem Fiscus oder dem Prozeßgegner zufallen ſolle, vom Standpunkte der claſſiſchen Juriſten aus, zu Gunſten des letzteren. Dieſe Vorſchrift wurde ſpäterhin erweitert, ohne deßhalb an ihrer praktiſchen Bedeutung zu verlieren. Die eine dieſer Erweiterungen iſt die, daß eine in factum actio auf das Intereſſe gegen den ſtattfinden ſollte, welcher eine Sache, in Rückſicht deren ein Prozeß bevorſtand, in der Abſicht argliſtig veräußert hat, um dem Kläger einen beſchwerlicheren Gegner zuzuziehen, was auf einer Stelle des Provinzialedictes beruhte [4]); und als eine weitere Ergänzung dieſes Edictes muß es gelten, wenn durch ein SC. unter Hadrian für die Erbſchaftsklage der Grundſatz feſtgeſtellt wurde, daß Jeder, welcher dolo malo den Beſitz aufgegeben hat, um ſich der Klage zu entziehen, nach wie vor als Beſitzer der Sache behandelt werden ſolle, alſo auch condemnirt werden könne [5]), was durch doctrinelle Auslegung auch auf die Eigenthumsklage ausgedehnt worden iſt [6]). — Weit intereſſanter für unſere Exception ſind die Beſchränkungen, welchen ſpäter jede Veräußerung litigiöſer Sachen unterworfen wurde; wahrſcheinlich Folgen des Grundſatzes, daß jeder Beſitzer nach der Litiscontestation in gewiſſer Rückſicht als malae fidei possessor zu behandeln ſei, da er von da an wiſſen müſſe, daß die von ihm beſeſſene Sache nicht ihm angehört [7]). Zunächſt wurde durch ein Edict des Kaiſers Auguſtus der Verkauf einer res litigiosa geradezu verboten, und dieß Geſchäft für null und nichtig erklärt [8]), wahrſcheinlich unter Mitwirkung des Prätors, der hier eine exceptio auch gegen den Käufer wenigſtens dann geſtattete, wenn dieſer von der Qualität der Sache bei dem Eingange des Kaufes unterrichtet war und ſie von einem Nichtbeſitzer einhandelte [9]). Auch auf die Verpfändung ſtreitiger Sachen hat die Doctrin das Verbot

---

Bd. 9, S. 406 flg. Mühlenbruch, die Lehre von der Ceſſion der Forderungsrechte (3. Ausg.), S. 349—356 u. 383—387.

2) Caius, inst. IV. §. 117. L. 1. §. 1. D. de litigiosis. (44. 6.) L. 1. §. 2. D. quae res pignori obligari non possunt. (20. 5.)

3) L. 3. D. 44. 6.

4) Dig. de alienat. iudicii mutandi causa facta. (4. 7.)

5) L. 20. §. 6. D. de hered. petitione. (5. 3.)

6) L. 27. §. 3. D. de rei vindicatione. (6. 1.)

7) L. 25. §. 7. D. 5. 3., vergl. mit L. 20. §. 11. D. ibid.

8) Fragm. vet. iurecons. de iure fisci §. 8.

9) Caius, inst. IV. §. 117.

bezogen, und conſequenter Weiſe auch hier die Exception geſtattet [10]). Späterhin ging die Praxis vielleicht noch einen Schritt weiter und geſtattete wohl dem obſiegenden Gegner auch eine Wiedereinſetzung wider den beſitzenden Erwerber, und nun erſt ward es möglich, die exceptio litigiosi ganz allgemein auf die Ungiltigkeit ſolcher Veräußerungen nach dem prätoriſchen Rechte zu beziehen [11]). Außerdem waren mit den Veräußerungen der res litigiosae noch andere Nachtheile verknüpft; und zwar für den Veräußerer unbedingt, da dieſer ſich nicht mit Unwiſſenheit entſchuldigen konnte [12]), für den Erwerber auf den Fall, wenn ihm das Verhältniß bekannt geweſen war [13]). Sie beſtanden in einer dem Fiscus zu entrichtenden Strafe, deren Größe und Beſchaffenheit ſich nicht immer gleich blieb. Zur Zeit der claſſiſchen Juriſten betrug ſie 50 HS. [14]). Im Juſtinianiſchen Rechte beträgt ſie von Seiten deſſen, welcher wiſſentlich einen ſolchen Contract abſchloß, eine Geldſumme, welche dem Werthe der Sache gleichkommt [15]), wobei natürlich vorausgeſetzt wird, daß das Geſchäft null und nichtig ſei, daß die Sache unentgeltlich zurückgegeben werden müſſe, auch ſonſt keine Entſchädigung für den Kaufpreis geleiſtet werde. War der Erwerber nicht von der Qualität der Sache unterrichtet, ſo ſteht es ihm frei, nicht allein den Werth der Sache ſelbſt, ſondern auch den dritten Theil mehr von dem Vordermann einzuklagen [16]). Zugleich ſind dieſe Vorſchriften, die Ungiltigkeit des Contractes vorausgeſetzt, auf Schenkungen der res litigiosae ausgedehnt worden [17]). Ausgenommen werden von dieſer Sanction Veräußerungen von res litigiosae, welche zum Zwecke der Beſtellung eines Heurathsgutes oder einer ante nuptias donatio, oder eines Vergleiches, einer Erbtheilung oder der Berichtigung eines Vermächtniſſes halber vorgenommen werden [18]).

Von einem Bezug der exceptio litigiosi auf das Recht des Beklagten wider denjenigen, welchem der Kläger während des Prozeſſes die Klage abgetreten hat, war zur Zeit der claſſiſchen Juriſten nirgends die Rede. Daß eine ſolche Ceſſion nicht unerlaubt war, geht noch aus einer Conſtitution von Conſtantin [19]) hervor, welche freilich in der Form, wie ſie im Juſtinianiſchen Codex eingetragen worden, ganz einfach den Grundſatz ausſpricht, daß eben ſo wenig anhängige Klagen als ſtreitige Rechts-

---

10) L. 1. §. 2. D. quae res pignori obligari non possunt. (20. 3.)

11) Fragm. vet. iurec. de iure fisci §. 8. L. 27. §. 1. D. ad SC. Vellei. (16. 1.)

12) Fr. de iure fisci §. 8. Darauf deutet L. 1. pr. D. de iure fisci. (49. 14.)

13) L. 2. D. 44. 6. Hier heißt ſie poena litigiosi.

14) Fr. de iure fisci §. 8.

15) L. 4. pr. C. de litigios. (8. 37.)

16) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

17) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

18) L. 4. §. 1. C. 8. 37.

19) L. 1. pr. Th. C. de litigiosis. (4. 5.) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 356.

ſachen giltiger Weiſe veräußert werden können [20]). Die Tendenz des ſpäteren Rechtes in Betreff der Litigioſität den Kläger in gleicher Weiſe, wie den Beklagten zu beſchränken, gibt ſich zuerſt in einer Conſtitution der Kaiſer Gratian Valentinian und Theodoſius kund [21]), nach welcher die Veräußerung eines klagbar gemachten Chirographum an Andere, ſelbſt an den Fiscus, ungiltig ſein ſoll. Ja dieſe Kaiſer gingen in ihrem Eifer ſogar ſo weit, daß ſie auch eine Veräußerung durch letztwillige Verfügung in ihr Verbot mit einſchloſſen, mit der Beſtimmung, daß der Haupterbe einen Prozeß dieſer Art auf ſeine Gefahr fortſetzen und den Werth an den Vermächtnißnehmer bezahlen ſolle. Noch weiter geht die Conſtitution Juſtinian's, welche die Veräußerungen anhängig gemachter Prozeſſe von Seiten des Klägers ganz nach denſelben Grundſätzen behandelt wiſſen will, wie die von bereits klagbar gemachten Sachen von Seiten des Beklagten. Zunächſt ſollen Verkauf und Schenkung ſich gleichſtehen, und beide dem vitio litigiosi unterliegen, welches die Nichtigkeit des abgeſchloſſenen Geſchäftes herbeiführt [22]). Allein zwiſchen den Contrahenten ſoll ein Unterſchied gemacht werden, je nachdem ſie von dem anhängigen Prozeſſe unterrichtet ſind oder nicht. Im erſten Falle ſollen die Contrahenten nicht allein zur Herausgabe der Sache verpflichtet ſein, ſondern auch den Werth der Sache verlieren, und zwar nicht zu Gunſten des Veräußernden, ſondern zu Gunſten des Fiscus. Im letzten Falle hingegen ſoll die Veräußerung zwar auch an und für ſich null und nichtig, der im guten Glauben ſtehende Contrahent aber berechtigt ſein, den Werth der Sache mit Hinzufügung eines Dritttheils von dem Werthe (natürlich von dem Veräußernden) erſetzt zu verlangen. Ausgenommen ſind von dieſer Verfügung nur ſolche Veräußerungen, welche zur Beſtellung eines Heurathsgutes, einer ante nuptias donatio, oder eines Vergleichs halber oder zum Behuf einer Erbtheilung oder der Berichtigung eines Vermächtniſſes vorgenommen werden [23]). Manche neuere Rechtsgelehrte [24]) gehen von der Anſicht aus, daß ſich dieſe Vorſchriften Juſtinian's nur auf den Fall der Veräußerung litigiöſer Sachen beziehen; allein ſchon die Interpolation von L. 2. C. de litigiosis (8.37.), vom Standpunkte des Juſtinianiſchen Rechtes aus, deutet auf die Gleichſtellung der Veräußerung von Klagen und Sachen als Regel; zudem ſtellt auch Juſtinian im Eingang der fraglichen Conſtitution in Betreff des vitium litigiosi beides einander gleich; auch erklärt er am Schluſſe der Conſtitution Alles für unwirkſam, was gegen die Conſtitution unternommen werden würde, wobei er natürlich auch an die Veräußerung von Forderungen gedacht haben muß. Wenn er aber gleichwohl in den Zwiſchenſätzen Ausdrücke braucht, welche nur auf die Veräußerung von Sachen zu deuten ſcheinen, wie rem redhibere, ſo kann dieß ſchon deßhalb nicht zur Unterſtützung der gegentheiligen Mei-

20) L. 2. C. 8. 37.
21) L. 3. C. 8. 37.
22) L. 4. pr. C. 8. 37. Vgl. L. 2. C. ibid.
23) L. 4. §. 1. C. 8. 37.
24) So Mühlenbruch a. a. O. S. 385.

nung benuzt werden, weil es ja ganz natürlich erſcheinen muß, daß der Geſetzgeber, um kurz zu ſein, nur den hauptſächlichſten und am häufigſten vorkommenden Fall im Auge behielt.

Praktiſch wichtig iſt die Frage, von welchem Zeitpunkte an die Litigioſität einer Sache zu datiren ſei. Nach dem Rechte der Pandekten iſt es der Zeitpunkt der Litisconteſtation[25]), und damit ſtimmen auch die Aeußerungen kaiſerlicher Conſtitutionen im Juſtinianiſchen Codex überein[26]). Auch kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß dieß in Betreff der Veräußerung von Klagerechten nicht durch Nov. 112. cap. 1. abgeändert worden ſei, da der Kaiſer hier überall nicht von Klagen ſpricht, ſondern nur den Zeitpunkt feſtſetzt, wo eine Veräußerung des ſtreitigen Objectes dem mit der Reivindication in Anſpruch genommenen Beſitzer nicht mehr geſtattet werden ſoll. Nur für die Veräußerung von Sachen von Seiten des Beklagten ſoll die Litigioſität nach der Novelle ſchon von dem Zeitpunkte an beginnen, an welchem der Prozeß zwiſchen den Parteien eröffnet wird, ſei es durch gerichtliches Anbringen der Klage, oder durch Supplik an den Kaiſer und Inſinuation derſelben an den Richter, vorausgeſetzt, daß dieß dem Beklagten mitgetheilt werde. Eine Verfügung, welche ſich unmittelbar an den ſchon bei der Erbſchaftsklage geltenden Grundſatz anſchließt, daß nach der gerichtlichen Anbringung der Klage (post motam controversiam) alle Beſitzer von Erbſchaftsſachen als Beſitzer im böſen Glauben und Prädonen zu behandeln ſeien[27]). Manche Rechtsgelehrte gehen noch weiter, und behaupten, daß die von dem Kläger cedirte Klage, wenigſtens nach dem canoniſchen Rechte, mit der gehörig geſchehenen Inſinuation der Ladung anhebe. Allein die Litispendenz des Kirchenrechtes hat einen ganz anderen Sinn, eine ganz andere Beziehung, als die Litigioſität des römiſchen Rechtes, und ſomit ſcheint es, daß auch noch heute im gemeinen Rechte die Litigioſität erſt mit der Litisconteſtation beginnen müſſe.

Exceptio litis dividuae heißt in der Kunſtſprache des vorjuſtinianiſchen Rechtes die dilatoriſche Einrede, welche dem entgegenſtand, welcher einen Theil eines ihm geſchuldeten Ganzen bereits klagweiſe eingefordert hat, wenn er den Reſt der Schuld ſpäter nachfordert. Wenigſtens war die Klage auf den Reſt ſo lange zu verſchieben, als die Amtsgewalt desjenigen Magiſtrates dauerte, welcher das erſte Judicium angeordnet hatte; ſpäterhin fiel die Exception weg. Die Gründe, aus welchen dieſe Exception eingeführt war, liegen im Dunkel des römiſchen Prozeſſes verborgen. Daß ſie nicht allein bei den iudicia, quae imperio continentur, ſtattfand, ſondern auch bei den iudicia legitima, darauf deutet doch wohl die allgemeine Faſſung der Stelle von Cajus *),

---

25) L. 13. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 1. §. 1. D. de litigiosis. (44. 5.)

26) L. 1. C. communi dividundo. (3. 37.) Darauf deutet auch der Ausdruck actiones quae in iudicium deductae sunt in L. 2. C. 8. 37.

27) L. 20. §. 12. D. 5. 3. L. 25. §. 7. D. ibid.

*) Caius, inst. IV. §. 122.

deſſen Inſtitutionen uns zuerſt mit der Einrede bekannt gemacht, und zugleich über ihr Weſen und ihren Umfang hinreichenden Aufſchluß gegeben haben. Im Juſtinianiſchen Rechte findet ſich keine Spur dieſer Einrede mehr vor, wahrſcheinlich deßhalb, weil ſie mit der jährigen Dauer der Prätur zuſammenhing, und die von den ſpäteren Kaiſern ernannten Magiſtrate in der Regel bis auf Widerruf angeſtellt waren.

Exceptio litis pendentis [1]), auch praescriptio litis pendentiae genannt, heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, womit derjenige, gegen welchen eine Klage bereits angeſtellt worden iſt, ſeinen Gegner zurückweiſt, wenn dieſer über denſelben Gegenſtand gegen ihn anderswo Klage erhebt oder aber eine Veränderung des Beſitzſtandes während der Dauer des erſten Prozeſſes beantragt. Die Litispendenz in dieſem Sinne iſt ein Inſtitut des Kirchenrechtes, welches ſich zwar zunächſt an die Verordnungen des römiſchen Rechtes über die Unveräußerlichkeit von litigiöſen Sachen (ſ. den Art. exceptio litigiosi) und über die durch die Litiscontestation bewirkte Rechtshängigkeit der Sache (ſ. den Art. exceptio rei in iudicium deductae) anſchloß [2]), aber inſofern der Lehre eine ganz andere Grundlage gab, als es gewiſſe Folgen an das erſte, auf erhobene Klage, giltig abgegebene und gehörig inſinuirte Decret, wenn es die Klage als ſtatthaft mittheilt, zu knüpfen ſuchte [3]). Der eigentliche Sitz dieſer Lehre iſt X. ut lite pendente nihil innovetur (2. 16.), und daß für die Dauer des Prozeſſes keine Veränderung im Beſitzſtande der Sache vorgenommen werden dürfe, ſprechen faſt alle unter dieſen Titel eingeſchaltenen Decretalen aus, was in der Kunſtſprache durch das Axiom pendente lite nihil esse innovandum ausgedrückt wird. Daher der Beſitz der ſtreitigen Sache auf die Dauer des Prozeſſes dem Beklagten nicht gegen ſeinen Willen entzogen werden darf [4]); daher während der Dauer des Accuſationsprozeſſes, welcher wegen Ehebruches eingeleitet worden, dem Beklagten die Gerechtſamen, welche er gegen den Anderen hatte, nicht genommen werden können [5]); daher endlich bei dem Streite über das Collaturrecht eines Beneficiums eine Beſetzung bei der Vacanz deſſelben ungiltig iſt, es müßte denn die eine von den ſtreitenden Parteien ſich im

---

1) Literatur: Car. Godofr. Winkler, opuscula minora vol. I. pte. 2. p. 293 sq. Schütte (auct. Brandis), de praescriptione litis pendentis. Gott. 1784. J. H. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. 16. tom. II. p. 1157—1159, und die Handbücher der neueren Prozeßlehrer, z. B. Martin, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Civilprozeſſes, §. 142, S. 234—237, ſammt den Dictaten von Gensler, herausgeg. von Guyet (Heidelberg 1825, 4.), und Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (2. Ausgabe), S. 229—234.

2) Vgl. c. 50. caus. 11. qu. 1. Cap. 3. X. ut lite pendente nihil innovetur. (2. 16.) Der Ausdruck lite pendente iſt zwar dem römiſchen Rechte nicht unbekannt (vergl. L. 2. u. 4. pr. C. de litigiosis [8. 37.]), bezieht ſich aber daſelbſt nur auf das durch Litiscontestation begründete Verhältniß.

3) Am deutlichſten iſt cap. 1. X. 2. 16. cap. 2. Clem. 2. 5.

4) Cap. 1. X. 2. 16.

5) Cap. 2. X. 2. 16.

Beſitz des Beneficiums befinden[6]). Außerdem legt man nach einer Uſual-interpretation von cap. 8. X. de foro competenti (2. 2.) der Litis-pendenz noch die Wirkung bei, daß unter mehreren concurrirenden Fora durch die Litispendenz Prävention begründet wird, ſo daß von der Mit-theilung des erſten Decretes an der Kläger an das einmal erwählte Fo-rum unwiderruflich gebunden iſt, einerlei ob ein delictum mixti fori oder ſonſt eine causa mixta vorliegt. Aus dieſen Verfügungen des Kirchenrechtes im Zuſammenhange mit dem gemeinen Rechte iſt nun fol-gende Geſtalt von der Lehre von der Litispendenz entſtanden. Sie wird durch das erſte vom competenten Gerichte giltig abgegebene und gehörig inſinuirte Decret begründet, und wirkt die Rechtshängigkeit, als deren Fol-gen bezeichnet werden: die Litigioſität des ſtreitigen Gegenſtandes (aber nur in Beziehung auf die von dem Beklagten vorzunehmenden Veräußerun-gen); die Befugniß Widerklage zu erheben nach der bereits im römi-ſchen Rechte [7]) anerkannten prorogatio fori; das Verbot aller Neue-rungen; der, im Fall der Beklagte unterliegt, gewiſſermaßen fingirte böſe Glauben und der Verzug des Beklagten, und endlich die Fortdauer der Gerichtsbarkeit des decernirenden Gerichtes als erſter Inſtanz für dieſe Sache bis zu deren Beendigung [8]). Diejenigen von den genannten Wir-kungen, welche dem Beklagten ein beſonderes Recht des Widerſpruches ge-gen fernere Anträge des Klägers in derſelben Sache verleihen, dienen nach der gewöhnlichen Anſicht zur Grundlage unſerer Exception, welche nur der Doctrin der neueren Prozeßlehrer ihre Entſtehung verdankt, natürlich aber dann überall nicht von nöthen iſt, wo die Wirkungen der Litispendenz von dem Gerichte, welches das Decret ausgefertigt und mitgetheilt hat, ex officio in Obacht genommen werden müſſen, wie dieß bei der Fortdauer der Gerichtsbarkeit deſſelben als erſter Inſtanz gewöhnlich der Fall ſein wird.

Exceptio litis residuae heißt in der Kunſtſprache des vor-juſtinianiſchen Rechtes die dilatoriſche Einrede, welche dem entgegenſteht, welcher mehrere Prozeſſe mit einer und derſelben Perſon hat, wenn er den einen jetzt durchführt, die anderen aber verſchiebt, in der Abſicht, die Entſcheidung derſelben an andere Privatrichter zu bringen, und ſie ſpäterhin innerhalb der Amtsdauer desjenigen Magiſtrates, welcher das erſte Judi-cium angeordnet hat, aufnimmt. Späterhin kam die Einrede in Wegfall. Der Name dieſer Einrede, ingleichen ihre prozeſſualiſche Bedeutung iſt uns erſt durch die Inſtitutionen des Cajus bekannt geworden *). Die Gründe, welche ihre Einführung motivirt haben, liegen im Dunkel des römiſchen Prozeſſes begraben. Daß ſie auch bei den iudicia legitima, nicht allein bei den, quae imperio continentur, ſtattfand, ſcheint die all-

---

6) Cap. 1 u. 2. in VI. ut lite pendente. (2. 8.) Cap. 1. Clem. 2. 5.
7) Nov. 96. cap. 2. §. 1.
8) Vergl. Martin, Lehrbuch des teutſchen gemeinen bürgerlichen Prozeſ-ſes, §. 142, ſammt Gensler's Dictaten dazu.
*) Caius, inst. IV. §. 122.

gemeine Faſſung der oben genannten Stelle des Cajus anzudeuten. In den Juſtinianiſchen Rechtsquellen kommt dieſe Einrede nicht mehr vor, wahrſcheinlich deßhalb, weil die von den ſpäteren Kaiſern ernannten Magiſtrate in der Regel bis auf Widerruf angeſtellt wurden, und dieſe Einrede auf die nur jährige Dauer der Prätur berechnet war.

Exceptio metus[1]) (bei den Römern metus exceptio, auch metus causa exceptio[1a])) heißt die peremtoriſche Einrede, womit derjenige, welcher durch Anwendung unrechtmäßiger Gewalt zur Vornahme einer Thathandlung oder zur Unterlaſſung derſelben gezwungen worden, die Folgen ſeiner Handlung von ſich abwendet, falls er dadurch zu einem Vermögensſchaden bereits gekommen iſt, oder wahrſcheinlicher Weiſe kommen wird. Die Entſtehung dieſes Rechtsmittels verliert ſich in das Dunkel des Alterthums; daß es mit der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, welche wegen Betrug und Zwang gewährt ward, in Zuſammenhange ſteht[2]), iſt aus den geſchichtlichen Nachrichten, welche die Juſtinianiſchen Pandekten aufbewahrt haben, ziemlich deutlich zu erſehen[3]). Der Prätor Caſſius, welcher die doli exceptio einführte, ſoll es nicht für nöthig gefunden haben, eine beſondere Einrede des widerrechtlichen Zwanges halber einzuführen, da derſelbe unter die Kategorie der doli exceptio gehöre. Erſt ſpäterhin, als man ſich darüber einigte, daß die actio quod metus causa eine in rem scripta actio ſei[4]), fand man es angemeſſen, dem Gezwungenen analog auch eine exceptio in rem zuzugeſtehen, welche eine weitere Anwendung hatte, als die exceptio doli, und demnach ward es nöthig, beide Exceptionen abzuſondern. Daß dieſe Abſonderung durch ein beſonderes prätoriſches Edict geſchehen ſei, dafür ſpricht die beſtimmte Exceptionsformel, welche uns in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen aufbewahrt worden iſt. Vielleicht, daß ſchon im Edicte des Prä-

---

1) Literatur: Hertius, diss. de metu eiusque operationibus in iure, in diss. vol. II. nr. 9. Gundling, liber singularis de efficientia metus tum in promissionibus liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum auxiliisque contra metum. Halae 1711. 4. Böhmer, diss. de exceptione metus iniusti in statu naturali et civili. Halae 1720. Rudolph, diss. de effectu metus in pactis et contractibus. Erlangae 1760. Walch, diss. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex iure Romano partim ipso iure nullis, partim a praetore rescindendis. Jenae 1790. Biener, historia iuris civilis de restitutionibus in integrum. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4, S. 167—186; Th. 5, S. 468—512. Klien, über das Weſen und die heutige Anwendbarkeit der prätoriſchen Reſtitution, inſonderheit der Wiedereinſetzung wegen erlittenen Zwanges und daraus entſtandener Furcht; im Archiv für civil. Praxis, Bd. 1, S. 207—230. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, S. 303—376.

1a) Dig. XLIV. 4. de doli mali et metus exceptione.

2) L. 4. §. 33. D. de doli exc. (44. 4.) In L. 7. §. 2. D. de obsequ. (38. 15.) heißt ſie exceptio vis metusve causa. De metu exceptionem obiicere findet ſich in L. 4. §. 33 u. 34. D. 44. 4. u. exceptio quod metus causa factum est ſteht bei Caius, inst. IV. §. 121.

3) L. 9. §. 3. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 4. §. 33. D. 44. 4. Vgl. dazu Burchardi a. a. O. S. 305—307.

4) L. 9. §. 8. D. 4. 2.

tor Octavius, welches bekanntlich die actio quod metus causa einführte[5]), auch neben derſelben eine entſprechende Formel für die exceptio metus aufgeſtellt worden. Von dem urſprünglichen Zuſammenhange beider Exceptionen ſcheint es noch eine Spur zu ſein, wenn dieſelben in den Juſtinianiſchen Pandekten in einem Titel (Dig. XLIV. 4.) behandelt werden.

Was die formelle Faſſung der Exception anbelangt, ſo wird ſie ganz übereinſtimmend mit der anderer Exceptionen in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen ſo dargeſtellt: si in ea re nihil metus causa factum est[6]), und zum Ueberfluß bezeugt noch Ulpian, daß in derſelben der Name desjenigen, welcher den widerrechtlichen Zwang angewendet, nicht genannt worden, mithin die Einrede als in rem scripta zu betrachten ſei. Daß indeß dieſe Faſſung der Einrede nicht die urſprüngliche geweſen, beweiſt die Bemerkung deſſelben Rechtsgelehrten, daß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, wegen Zwang vom Prätor am Anfang mit den Worten quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo[7]) verſprochen, und daß ſpäterhin, als man ſich in der Theorie davon überzeugte, daß eine widerrechtliche Gewalt nicht ohne metus gedacht werden könne, die Erwähnung der vis aus dem Edicte weggelaſſen worden ſei. Nimmt man dazu noch die Bemerkung, daß die Verbindung derſelben Worte auch bei Cicero[8]) als juriſtiſcher Kunſtausdruck vorkommt, ſo dürfte es leicht den Anſchein gewinnen, als ob die der actio quod metus causa analoge Exception von Anfang an ſo gefaßt geweſen ſei: si in ea re nihil vi metusve causa factum erit. Eine Vermuthung, welche durch ein Zeugniß Ulpian's[9]), welches auf eine ſolche Faſſung anſpielt, faſt bis zur Evidenz erhoben wird. Daß aber in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen dieſe Faſſung der Exception nicht weiter erwähnt wird, hat wohl ſeinen Grund darin, weil man die Gründe, welche für die Abänderung der Edictsformel bei der actio galten, bei Zeiten gleichfalls für die Abänderung der Exceptionsformel geltend gemacht haben wird. Aus der allgemeinen Faſſung der Einrede folgert Ulpian[10]), daß man ſie nicht allein gegen den Urheber des Zwanges ſelbſt geſtattete, ſondern auch gegen jeden anderen, welcher aus dem erzwungenen Geſchäfte einen Vortheil für ſich ableitete. Mithin konnte es vorkommen, daß die Einrede gegen Jemand wirkſam war, welcher an dem ungerechten Zwange urſprünglich gar keinen Antheil hatte, ganz nach Analogie der Grundſätze, welche bei der actio quod metus causa galten[11]). Ihrer Natur nach iſt aber die Einrede eine Realexception, welche nicht allein dem Gezwungenen, ſondern auch deſſen Bürgen und anderen Intercedenten zu ſtat-

5) Cic. in Verr. II. 3. c. 65.
6) L. 4. §. 33. D. 44. 4.
7) L. 1. D. quod metus causa gestum erit. (4. 2.)
8) Per vim et metum auferre bei Cic. Verr. II. 3. cap. 65, epist. ad Quintum fratrem I. 1. §. 8.
9) L. 7. §. 2. D. 37. 15: Nec exceptiones doli patiuntur vel vis metusve causa.
10) L. 4. §. 33. D. 44. 4.
11) L. 9. §. 8. D. 4. 2. L. 14. §. 5. D. ibid.

ten kommt [12]). Gegen die Eltern kann ſie nicht gebraucht werden, da dieß ein Verſtoß gegen den ihnen von den Kindern geſchuldeten Reſpect ſein würde [13]).

Die Erforderniſſe der Exception werden in dem Pandektentitel, welcher dieſe Lehre ſpeciell behandelt, nicht weiter berührt. Der bereits oben erörterte Zuſammenhang unſerer Exception mit der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wegen Zwanges läßt der Vermuthung Raum, daß für beide Inſtitute dieſelben Requiſite angenommen werden müſſen [14]). Es ſind aber im Einzelnen folgende: a) es muß die vorliegende Furcht von Seiten deſſen, welcher ſie erregte, eine ungerechte Furcht ſein, d. h. ſie muß von Jemand verurſacht worden ſein, welcher nicht die Befugniß hatte, den Anderen in Furcht zu ſetzen [15]). Daher ſind Handlungen des Magiſtrates innerhalb der Grenzen ſeines Wirkungskreiſes nicht tauglich um die Exception zu begründen; wohl aber, wenn er dieſe Grenzen überſchreitet, wie z. B. im Fall der Concuſſion [16]). Wird Jemand auf einem Verbrechen ertappt, und durch die Drohung, ihn zu entleiben oder zu verrathen, zur Zahlung oder zum Verſprechen veranlaßt, ſo iſt die Einrede ebenfalls als begründet zu erachten [17]). b) Die Furcht auf Seiten des Gezwungenen muß nicht eitel, ſondern bedeutend genug und hinlänglich begründet ſein [18]). Dieß bleibt dem Ermeſſen des Richters zur Beurtheilung anheim geſtellt [19]). Im Allgemeinen beurtheilt man dieß nach der Regel, daß nur der Zwang für begründet zu erachten ſei, welcher auch einen ſeiner Kraft ſich bewußten Mann zu afficiren vermöge (metus, qui in constantem virum cadit) [20]), wenn ſchon dieſe Rechtsregel in den Rechtsquellen nur auf die Qualität des gedrohten Uebels bezogen wird, z. B. auf die Furcht vor Tod, körperliche Mißhandlung, Sclaverei [21]), und gerichtlicher Anzeige bei der Ertappung in der Ausführung von Verbrechen [22]). Unberückſichtigt bleibt dagegen die Furcht vor Infamie [23]), vor dem hohen Stande des Gegners [24]), vor der Aufbürdung

---

12) L. 7. §. 1. D. de exceptionibus. (44. 1.)

13) L. 4. §. 34. D. 44. 4. L. 5—7. §. 2. D. 37. 15.

14) Der gründlichſte Schriftſteller über dieſen Punkt iſt Voetius, comm. ad Dig. IV. 2.

15) L. 3. §. 1. D. 4. 2. L. 4. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 13. §. 4. D. ibid.

16) L. 3. §. 1. D. 4. 2. L. 23. §. 3. D. ibid.

17) L. 7. §. 1. D. 4. 2. L. 8. pr. D. ibid.

18) L. 3. §. 1. D. 4. 2. erwähnt in dieſer Beziehung vis atrox.

19) L. 3. D. 4. 6.

20) L. 2—7. D. 4. 2. Auch das Kirchenrecht beſtätigt dieß C. 4. u. 6. X. quod metus causa. (1. 40.) In dieſer Beziehung kommen folgende Ausdrücke in den Rechtsquellen vor: iustus timor (L. 21. pr. D. ex quibus causis maiores [4. 6.]), iustus metus (L. 7. §. 1. L. 23. pr. D. 4. 2. L. 3. D. 4. 6.), metus non vani hominis (L. 6. D. 4. 2.).

21) L. 4. L. 7. §. 1. D. 4. 2. L. 3. D. 4. 6. Cap. 4. u. 6. X. 1. 40.

22) L. 7. §. 1. D. 4. 2. Man gibt in dieſer Beziehung gewöhnlich folgenden Vers zur Regel: excusat carcer, status, mors, verbera, stuprum.

23) L. 7. pr. D. 4. 2.

24) L. 6. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.)

öffentlicher Laſten [25]), vor der Macht und dem Anſehen des Richters, welcher die Verurtheilung ausgeſprochen hat [26]), theils deßhalb, weil in dieſen Fällen die Furcht nur in der Einbildung des Fürchtenden ihren Grund hat, theils weil ſie ſelbſtverſchuldet iſt [27]). Auch hat der Richter zu berückſichtigen, ob das Uebel, welches die Furcht erregt hat, von einer Perſon gedroht worden iſt, von welcher man erwarten konnte, daß ſie ihre Drohungen ausführen werde. c) Die erregte Furcht muß die Vornahme der nachtheiligen Thathandlung motiviren. Wäre alſo das letztere keine unmittelbare Folge der erregten Furcht, ſondern ohne Zwang vollzogen worden, ſo findet die Einrede nicht ſtatt, z. B. wenn Jemand zu einem Verſprechen gezwungen worden iſt, ſolches aber freiwillig erfüllt hat [28]). d) Man muß nicht blos dazu gezwungen worden ſein, ein Recht wiederaufzugeben, welches man ſelbſt erſt erzwungen hatte [29]). Dieß Erforderniß wird aus dem oberſten Grundſatze hergeleitet, daß es erlaubt ſei, unrechtmäßige Gewalt mit unrechtmäßiger Gewalt zu vertreiben [30]). e) Die Thathandlung, welche durch den Zwang hervorgebracht worden, muß nicht ſchon an und für nach dem Civilrecht als nichtig und wirkungslos ſich herausſtellen. Es folgt dieß ſchon aus der Stellung, welche die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand als prätoriſches Rechtsmittel gegen das civile Recht einnimmt, welche gar keinen Sinn für den concreten Fall haben würde, wenn es je anders geweſen wäre. Im Allgemeinen läßt ſich nach den zerſtreuten Quellenzeugniſſen ſo viel mit Sicherheit behaupten, daß die römiſchen Rechtsgelehrten erzwungene Thathandlungen nach dem Civilrechte als giltig und wirkſam betrachten. Für die Stipulation und Acceptilation [31]), die Mancipation [32]) und den Kauf [33]) iſt dieß unbezweifelt; für die übrigen bonae fidei negotia läßt es ſich nach der richtigeren Meinung nicht füglich bezweifeln, und daß es bei der Tradition auch nicht anders geweſen ſei, geht theils daraus hervor, daß dieſelbe mit der Acceptilation und Stipulation in dieſer Beziehung verglichen wird [34]), theils daraus, daß dem, welcher gezwungen tradirt, nicht das interdictum unde vi, ſondern die actio quod metus causa zugeſtanden wird [35]). Selbſt der erzwungene Erbſchaftsantritt bleibt nach dem Civilrechte giltig, und wirkt für den Antretenden das heredem esse [36]).

---

25) L. 8. C. 2. 20.
26) L. 1. u. 2. C. de his, qui per met. iud. non appell. (7. 67.)
27) L. 21. pr. D. 4. 2.
28) L. 2. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.)
29) L. 12. §. 1. D. 4. 2.
30) L. 12. §. 1. D. 4. 2. L. 45. §. 4. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 1. §. 27. D. de vi et de vi armata. (43. 16.)
31) L. 9. §. 7. D. 4. 2. L. 21. §. 4. D. ibid.
32) Caius, inst. IV. §. 117.
33) L. 4. C. de his, quae vi. (2. 20.) L. 1. C. de rescind. vendit. (4. 44.)
34) L. 9. §. 7. D. 4. 2.
35) Vergl. Benfey, von der Selbſthilfe, im rhein. Muſeum für Jurisprudenz, Th. 7, S. 9–11.
36) L. 21. §. 5. D. 4. 2.

Auch kommt noch in Betracht, daß die erzwungene Ausſchlagung einer Erbſchaft civilrechtlich als wirkſam angeſehen werden muß, da es der Hilfe des Prätors bedarf, um ſie zu reſcindiren, ſei es auf dem Wege der Geſtattung der utiles actiones, oder aber durch die Gewährung der actio quod metus causa[37]. Endlich gilt auch die erzwungene Manumiſſion nach dem Civilrechte[38], außer wenn der Sclave ſelbſt der Zwingende iſt[39], oder die Manumiſſion nur in Gegenwart von Zeugen (inter amicos) auf unfeierliche Art geſchieht[40].

Liegen die genannten Erforderniſſe vor, ſo iſt die exceptio metus als begründet zu erachten. Dabei kommt nichts darauf an, wer den Zwang ausgeübt hat, ob der, welcher den Vortheil gezogen, oder ein Dritter[41], eine phyſiſche oder eine juriſtiſche Perſon[42], ein freier Menſch oder ein Sclave; auch iſt es gleichgiltig, ob gerade dem Gezwungenen ſelbſt oder anderen ihm theuern Perſonen Uebel angethan oder angedroht worden ſind, um dadurch den Willen von jenem zu beſtimmen[43]. Daß, wer ſich der Exception bedient, auch das Daſein eines ungerechten Zwanges zu beweiſen habe, verſteht ſich von ſelbſt nach den allgemeinen Regeln vom Beweiſe der Exceptionen[44]. Eine beſondere Erwähnung bedarf es indeß, daß auch nach Juſtinianiſchem Rechte, wo unſere Einrede als ein von der doli exceptio getrenntes Rechtsmittel erſcheint, dieſelbe mit der letzteren vertauſcht werden kann[45]. Jedenfalls iſt dieß noch ein Ueberbleibſel der oben begründeten Anſicht, daß die exceptio metus aus der doli exceptio hervorgegangen und als eigene Exception aus ihr herausgetreten ſei.

Exceptio non adimpleti contractus[1], auch exceptio implementi non secuti (Einrede des nicht erfüllten Vertrages), heißt nach der gewöhnlichen Meinung der neueren Juriſten der Einwand, wel-

---

37) L. 21. §. 6. D. 4. 2.
38) L. 9. §. 2. D. 4. 2.
39) L. 9. pr. D. qui et a quibus manumissi liberi non fiunt. (40. 9.)
40) Fragm. vet. Icti de iuris speciebus Dosith. §. 9. Vergl. Schneider, die allgemein ſubſidiären Klagen des röm. Rechtes, S. 403 flg.
41) L. 9. §. 1 u. 8. D. 4. 2. L. 14. §. 3 u. 5. D. ibid. L. 4. §. 33. D. 44. 4. L. 5. C. 2. 20.
42) L. 9. §. 1. D. 4. 2.
43) L. 8. §. 3. D. 4. 2.
44) L. 13. C. de transact. (2. 4.) L. 9. C. de his, quae vi. (2. 20.)
45) L. 14. §. 13. D. 4. 2.

1) Literatur: Künhold, disp. de usu exceptionis non adimpleti contractus hodierno. Lips. 1726. de Lichtenstein, diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti praes. Wahl. Gott. 1751. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 225—240. Heerwart, über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus, im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 7, S. 335—368. Jul. Volkmann, de exceptione non adimpleti contractus. Lipsiae 1829. A. Lange, über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Regensburg 1829. Heerwart, Beiträge zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 14, S. 206—235. Schenck, über die exceptio non adim-

chen der aus einem Bilateralcontracte Verklagte, der die verpflichtende Kraft deſſelben für ſich anerkennt, aus ſeinem Inhalte inſofern hernimmt, als er behauptet, daß er ſeine vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht eher zu leiſten habe, als der Kläger das von ihm Uebernommene erfüllt. Daraus ergibt ſich, daß, wer die Perfection des Vertrages ſelbſt leugnet, nicht auch Einwendungen auf den Anſpruch, daß derſelbe erfüllt werde, gründen könne; daß ferner Einwände, welche nicht aus dem Inhalte des Vertrages fließen, auch nicht zur Einrede benutzt werden können, und daß endlich Beklagte, deren Leiſtungen nach dem Inhalte des Vertrages denen des Klägers vorausgehen ſollen, natürlich dergleichen Einwände nicht machen können. Man rechnet gewöhnlich dieſe Einrede zu den anomalen, welche die Laſt des Beweiſes auf den Kläger devolviren, weil dadurch ein Umſtand beſtritten wird, der zum Grunde der Klage gehört, deſſen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt. Sie iſt auch im Executivprozeſſe zuläſſig, nicht weil ſie zu den liquiden Einreden gehört, ſondern weil ſie die Forderung des Klägers illiquid macht; denn es ſoll ja erſt ausgemacht werden, ob der Contract erfüllt, und alſo die Klage begründet ſei. Die Praxis begünſtigt dieſe Einrede ſo ſehr, daß ſie nicht allein in jedem Theile des Prozeſſes, auch nach der Einlaſſung auf die Klage, ja ſelbſt noch bei der Execution zugelaſſen wird, ſondern auch ſogar, wenn gleich ſie nicht vorgeſchützt worden, von dem Richter ergänzt werden kann, inſofern ſie ſich aus den Acten von ſelbſt ergibt. Man betrachtet ſie als eine **exceptio rei cohaerens**, und läßt ſie demnach nicht allein dem Erben des Contractſchuldners zu Gute kommen, ſondern auch einem jeden anderen Intereſſenten, wie den Bürgen und anderen Interceſſoren, und dieß nicht allein gegen den anderen Contrahenten, ſondern auch gegen Jeden, welcher in deſſen Rechte eingetreten iſt. Ausgeſchloſſen iſt die Einrede, wenn der Kläger bei der Anſtellung ſeiner Klage behauptet, die ihm contractlich auferlegten Verbindlichkeiten vollſtändig erfüllt zu haben, oder ſich wenigſtens zu deren Erfüllung ordnungsmäßig erbietet.

Dieſe Lehre hat namentlich in den juriſtiſchen Schriften des vorigen Jahrhunderts Wurzel geſchlagen [2]). Allein ihre Begründung in den Quellen des gemeinen Rechtes hatte man als etwas Bekanntes, Unbeſtrittenes vorausgeſetzt. Zwar war man darüber völlig einig, daß ſie dem Namen nach nicht in den römiſchen Rechtsquellen gegründet ſei, wohl aber hielt man es außer Zweifel, daß ſie der Sache nach darin ſich vorfinde,

---

pleti contractus und das Retentionsrecht bei gegenſeitigen Verträgen, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 17, S. 93—122, u. S. 242—261. Heerwart, über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendaſelbſt Bd. 18, S. 387—418. Schenck, über die exceptio non adimpleti contractus, ebendaſelbſt Bd. 20, S. 427—474. Treitſchke, noch einige Bemerkungen über die ſogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendaſelbſt Bd. 22, S. 278—295, u. S. 422—442. Unterholzner, quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des römiſchen Rechtes von den Schuldverhältniſſen, Bd. 1, S. 374—378.

2) So noch bei Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 229—231, welcher ſich hier an die älteren Schriftſteller anſchließt.

und man glaubte, daß ſie identiſch ſei mit der öfters darin vorkommenden exceptio mercis non traditae, welche freilich nur bei dem Kaufe erwähnt wird. Erſt den neueren Unterſuchungen blieb es vorbehalten, für dieſen Zweck neue Aufſchlüſſe zu Tage zu fördern. Zur Darſtellung dieſer Reſultate wird es zweckmäßig ſein, die Meinungen der einzelnen Forſcher zu unterſcheiden. Die Theorie von Heerwart[3]) iſt im Weſentlichen folgende. Da zum Klagegrunde nichts weiter gehöre, als was die Geſetze zum Beſtehen einer vollkommenen Obligation des Beklagten erfordern, dieſe Geſetze aber zur Entſtehung der Obligation bei zweiſeitigen Verträgen nicht erfordern, daß der Kläger ſeinerſeits erfüllt habe[4]), ſo erkläre es ſich von ſelbſt, wenn die römiſchen Rechtsquellen die Behauptung, daß der Kläger den Contract nicht erfüllt habe oder erſt erfüllen müſſe, als einen Gegenſtand der Exception anerkennen[5]). Nun ſei es aber der Charakter jeder Exception, daß ſie vom Beklagten vorgeſchützt und nöthigenfalls erwieſen werden müſſe; woraus ſich die Folgeſätze ergeben, daß eine Klage aus einem zweiſeitigen Vertrage, in welcher nicht angeführt iſt, daß der Kläger ſeinerſeits den Vertrag erfüllt habe, nicht angebrachter Maßen zu verwerfen ſei; daß der Richter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ſo wenig als andere von Amtswegen ergänzen dürfe; daß ferner der Beklagte bei Vorſchützung der Einrede den factiſchen Grund derſelben deutlich und beſtimmt angeben müſſe, welche hier in nichts Anderem beſtehe, als in der Angabe der Forderungen, welche der Beklagte an den Kläger aus dem nämlichen Vertrage zu machen hat; daß der Beklagte ferner, wo nöthig, dieſe Thatſachen zu beweiſen habe; daß die Einrede nur eine verzögerliche ſei, alſo die Durchſetzung des klägeriſchen Anſpruches nur ſo lange hemme, bis der Kläger die Erfüllung ſeiner vertragsmäßigen Obliegenheiten oder einen geſetzlichen Befreiungsgrund nachgewieſen, oder durch Anbieten der Erfüllung die Ausflucht beſeitigt hat, und auch an dieſelben Friſten gebunden ſei, wie die übrigen dilatoriſchen Einreden. An dieſer aus den römiſchen Rechtsquellen entwickelten Theorie habe auch die ſpätere Praxis nichts geändert, und ſo ſeien die Reſultate dieſer Forſchung auch heute noch als giltig zu betrachten. Zwar ſprächen die römiſchen Rechtsquellen nur von der Einrede in Beziehung auf den Kaufcontract, und wenn neuere Rechtsgelehrten dieſe Vorſchriften auch auf die übrigen weſentlich zweiſeitigen Contracte ausdehnten, ſo hätten ſie zu einer ſolchen Annahme bei der Miethe und dem Geſellſchaftsvertrag

---

3) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 335—368, und Bd. 14, S. 206—235.

4) Caius, inst. III. §. 136. L. 1. §. 2. D. de rerum permutatione. (19. 4.) §. 1. J. de obligationibus ex consensu. (3. 23.)

5) Caius, inst. IV. §. 119. L. 25. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.) L. 5. §. 4. D. de doli mali et metus exceptionibus. (44. 4.) Demnach ſeien die Worte nondum est ex emto actio in L. 13. §. 8. D. 19. 1. nicht von der juriſtiſchen Möglichkeit die Klage anzuſtellen, ſondern von der mit Erfolg verknüpften Anſtellung zu verſtehen, wie zudem auch der Nachſatz (venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit) recht deutlich bezeuge. Vergl. Archiv Bd. 7, S. 344.

um ſo weniger Grund, als eine ſolche Ausdehnung weder durch die Geſetze noch durch die Natur dieſer Contracte gerechtfertigt werde[6]). Jedenfalls ſtehe es aber demjenigen, welcher in dieſen Contracten mit einer Leiſtung vorangehen müſſe, frei, von dem Anderen, an welchen er die Leiſtung entrichtet, Caution für die Erfüllung der gegneriſchen Contractsverbindlichkeit zu verlangen, wie dieß bei allen bonae fidei iudicia vor dem Eintritt des Zahltages ohnehin geſchehen könne[7]). Abgeſehen von beſonderen Verabredungen einzelner Contrahenten, welche natürlich das Weſen und den Charakter der eingegangenen Obligation genauer beſtimmen und im concreten Falle bei der Beurtheilung des Vertrages in Obacht genommen werden müſſen. — Noch weiter als Heerwart geht Volkmann, welcher ſich zwar im Ganzen an deſſen Theorie anſchließt, aber die Statthaftigkeit der Exception ſogar bei den Realcontracten behauptet[8]). Allein der Hauptgrund, welchen er für dieſe Ausdehnung aus dem unrömiſchen Namen der Einrede hernimmt, dürfte am wenigſten für ſeine Meinung beweiſen, und wenn ſchon aus den von ihm beigebrachten Beiſpielen hervorgeht, daß bei Realverträgen die Zurückgabe der Sache nach Umſtänden verweigert werden könne, bis der Kläger gewiſſe Obliegenheiten erfüllt, ſo iſt doch entweder für dieſe Verträge der Name der reinen Realverträge in Abrede zu ſtellen, oder zu leugnen, daß man den Grund der Weigerung mit Recht die Einrede des nichterfüllten Vertrages nenne[9]). — Der alten Theorie, welche die vorgängige Erfüllung von Seiten des Klägers als eine geſetzliche Bedingung des Klagerechtes anſieht und ſie als einen Theil des Klaggrundes behandelt, ſchließt ſich Lange[10]) wiederum an, und behauptet gleichwohl in Uebereinſtimmung mit Heerwart, daß ſie eine exceptio im Sinne der Römer ſei; allein dieſer Ausdruck umfaſſe alle Vertheidigungsmittel des Beklagten, ja ſelbſt die Rüge der in der Klage ſich findenden Mängel, ſelbſt die negative Litisconteſtation; dieß ſei aber im heutigen Rechte anders; der Richter verwerfe die mangelhafte Klage ſofort, und der Beklagte habe nur entweder den Klaggrund zu leugnen oder wahre Einreden auf ſelbſtſtändige Thatſachen zu gründen, daher die Natur unſerer Einrede. Dieß Raiſonnement ſtützt ſich offenbar nur auf falſche Anſichten von dem römiſchen Begriffe exceptio und bedurfte demnach wohl nicht der ausführlichen Widerlegung von Heerwart[11]). — Eine ganz neue Theorie, welche ſich auf die materielle Verſchiedenheit der Bilateralcontracte ſtützt, entwickelt Schenck[12]). Er unterſcheidet nämlich unter denſelben ſolche, in welchen

6) Vergl. Archiv für civil. Praxis, Bd. 18, S. 406—413.

7) L. 38. D. pro socio. (17. 2.) L. 41. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 27. u. 28. D. 17. 2.

8) Diss. de exceptione non adimpleti contractus §. 3. Lips. 1829.

9) Vergl. die Kritik dieſer Anſicht von Heerwart, im Archiv Bd. 14, S. 207—210.

10) Ueber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Regensburg 1829), S. 45, 46.

11) A. a. O. Th. 14, S. 211—231.

12) A. a. O. Th. 17, S. 93—122, und S. 242—261, ingl. Th. 20, S. 427—474.

die gegenſeitige Leiſtungspflicht durch die vorgängige Leiſtungspflicht gar nicht bedingt ſei, ferner ſolche, wo jene Pflicht für beide Theile gleichmäßig durch die vorgängige oder wenigſtens gleichzeitige Leiſtung des Anderen bedingt ſei, und endlich ſolche, in welchen nur ein Theil mit ſeiner Leiſtung unbedingt vorangehen müſſe. Welche zweiſeitige Verträge aber zur einen oder anderen Claſſe zu rechnen ſeien, das ſei eine quaestio facti, welche aus der Willensmeinung der Contrahenten, aus der Art des Vertrages und den Sachverhältniſſen zu entſcheiden ſei. Der Kauf inſonderheit gehöre zu der letzten Claſſe, und zwar müſſe der Käufer zuerſt das Kaufgeld zahlen, ohne vorher die Uebergabe der gekauften Sache verlangen zu können. In allen Fällen nun, wo der auf Erfüllung klagende Theil mit ſeiner Leiſtung vorausgehen oder wenigſtens dazu ſich erbieten müſſe, gehöre die Behauptung, daß er ſeine Contractsverbindlichkeit erfüllt habe, oder wenigſtens dazu bereit ſei, zum Klaggrunde, müſſe in der Klage angeführt werden, wenn ſie nicht einen weſentlichen Mangel haben ſolle, und das Verlangen der Vorleiſtung von Seiten des Gegners ſei nicht Gegenſtand einer beſonders vorzuſchützenden Einrede, ſondern vielmehr negative Litisconteſtation. In Rückſicht auf die Anwendbarkeit dieſer Theorie wird nach den obengenannten Claſſen der Verträge der Fall unterſchieden, wo dieſe Einrede entweder gar nicht, und ſolche, wo ſie jedem der beiden Contrahenten, und ſolche, wo ſie nur einem derſelben zuſteht. Dagegen hat nun freilich Heerwart[13]) ſehr richtig eingewendet, daß den Juſtinianiſchen Rechtsquellen zu Folge die Einrede nur gerade bei dem Kaufe vorkomme, und daß gerade dieſer Contract nicht unter die von Schenck ihm angewieſene Claſſe geſtellt werden könne, da hier die Leiſtungspflicht für beide Theile gleichmäßig durch die vorgängige oder wenigſtens gleichzeitige Leiſtung des Anderen bedingt ſei[14]). — Treitſchke[15]) erklärt unſer Rechtsmittel nicht für eine wahre Einrede, ſondern ſieht darin nach Umſtänden nur eine Einrede im weiteren Sinne, in welchem man auch von einer exceptio inepti libelli ſpricht; denn mit dieſer ſei ſie identiſch, ſo oft der Kläger ſeine Intention unbedingt geſtellt habe, und doch weder Erfüllung, noch erlangten Aufſchub auf ſeiner Seite behauptet hat, und eine ſolche Klage müſſe unbedingt verworfen werden, der Beklagte möge den Mangel rügen oder nicht. Wenn der Kläger das Petitum der Klage auf Leiſtung Zug um Zug geſtellt hat, ſo könne die Einrede gar nicht ſtattfinden; und hat er eines von beiden, Erfüllung oder Geſtundung angeführt, ſo könne ſie nur in der Verneinung des Klaggrundes beſtehen, ſei alſo nicht einmal Einrede im weiteren Sinne. Wo die Erfüllung angeführt wird, da könne eine allgemeine Behauptung erfüllt zu haben nicht genügen[16]), vielmehr müſſe der Kläger das, was er zum Be-

---

13) Im Archiv Bd. 18, S. 387 flg.

14) L. 34. §. 3. D. de contrah. emt. (18. 1.) Caius, inst. IV. §. 126, vergl. mit L. 11. §. 2. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 13. §. 8. D. ibid.

15) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 22, S. 286.

16) A. a. O. Bd. 22, S. 433.

huf der Erfüllung gethan haben will, beſtimmt angeben, damit man beurtheilen könne, ob es dem entſpricht, was ihm nach der Natur des Contractes zu thun oblag. Bei den Realcontracten und ſolchen Conſenſualverträgen, welche nur nach einer Seite hin eine actio directa erzeugen, könne bei der Anſtellung dieſer Klage nicht füglich die Rede von der exceptio non adimpl. contr. ſein [17]), wohl aber wenn die contraria actio angeſtellt werde; denn wenn ſchon der Commodatar, Pfandnehmer und Mandatar wegen ſeiner Verwendungen ein Retentionsrecht habe, ſo könne er doch, wenn er klagend auftrete, nicht eher Erſatz dieſer Koſten verlangen, als wenn er die Sache vorher an den anderen Contrahenten herausgegeben habe; er müſſe alſo, wenn er ſein Petitum nicht auf die Leiſtung Zug um Zug ſtelle, die bereits geſchehene Herausgabe und ſonſtige Erfüllung oder eine beſondere, ihn davon zur Zeit befreiende Verabredung anführen, ſonſt müſſe er angebrachter Maßen abgewieſen werden, worauf der Beklagte, um ſicher zu gehen, durch die Vorſchützung jener Exception antragen könne. — Der neueſte Schriftſteller über unſere Einrede, Unterholzner [18]), erklärt dieſelbe für eine Einrede im heutigen Sinne des Wortes, nicht für negative Litisconteſtation, und folgert daraus, daß der Richter eine Klage aus einem zweiſeitig bindenden Vertrage nicht ſofort abweiſen könne und müſſe, wenn nicht der Kläger angeführt habe, daß er ſeinerſeits mit der Erfüllung ſich nicht im Rückſtande befinde; übrigens legt er dabei den Beweis der Erfüllung, wie bei der Einrede des Nichtempfanges, dem Kläger auf, und behauptet auch die Statthaftigkeit derſelben bei der actio commodati contraria.

Es ſcheint, als ob man zu dieſen Reſultaten nur durch unzuläſſige Combination von ſonſt richtigen Sätzen gekommen ſei. Zunächſt iſt es eine Eigenthümlichkeit aller bonae fidei iudicia, wozu die Conſenſualcontracte alle, und außerdem noch einige Realcontracte gehören, daß, wenn es zur Klage und in Folge derſelben zum Judicium kam, Anſprüche des Beklagten an den Kläger aus demſelben Geſchäfte vom Richter berückſichtigt werden mußten, einerlei, ob ſich der Beklagte vor dem Prätor oder erſt vor dem Judex darauf berufen hatte. Denn dieſer war durch die in die formula eingeſetzten Worte: ex fide bona angewieſen, ſolche Gegenanſprüche, wenn ſie zugeſtanden oder bewieſen wurden, zu berückſichtigen; falls nöthig zu Gelde anzuſchlagen und vom Betrage der Condemnationsſumme abzuziehen. Die römiſchen Rechtsquellen bezeichnen dieſe Befugniß mit dem Namen compensatio [19]), und die neueren Rechtsgelehrten, da ſie andere Wirkungen hat, als die in der Exceptionsform geltend gemachte, mit dem Zuſatze tacita. Dieſe Compenſationsbefugniß iſt aber nichts Singuläres in dieſen Klagen, ſondern nur eine Folge des allgemeinen Grundſatzes, daß hier der Richter unumſchränkt die Gegenforderungen des Beklagten an den Kläger aus demſelben Ge-

17) A. a. O. Bd. 22, S. 429 flg.

18) Quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des röm. Rechtes von den Schuldverhältniſſen, Bd. 1, S. 374—376.

19) Caius, inst. IV. §. 61, 63. §. 30 u. 39. J. de actionibus. (4.6.)

ſchäfte zu berückſichtigen habe [20]). Daraus folgt auch die Befugniß des Beklagten wegen ſolcher Forderungen das Retentionsrecht zu üben, wenn er andere Sachen, als baares Geld, an den Kläger abzuliefern hat, welches bekanntlich mit der Compenſation auf gleichem Grunde beruht, nur den Gegenſtänden nach von derſelben verſchieden iſt, und in den römiſchen Rechtsquellen auch compensatio genannt wird [21]) (ſ. den Art. compensatio). Die allgemeinen Bedingungen zur Geltendmachung dieſes Rechtes waren die, daß der Beklagte ſich in irgend einem Theile des Prozeſſes auf dieſen Anſpruch berief, und ihn, wo nöthig, erwies. Ausgeſchloſſen war das Retentionsrecht ſammt der Compenſation nur in der actio depositi directa [22]). Dieſes Retentionsrecht nun iſt es, welches auch bei dem Kaufe an der verkauften Sache dem Verkäufer zuſteht, wenn ihm der Kaufpreis nicht gezahlt wird [23]), und wenn auch manche Rechtslehrer [24]) daſſelbe nicht als Retentionsrecht anerkennen wollen, weil ihm der Charakter der Selbſtſtändigkeit fehle, ſo hat es doch nicht im geringſten Bedenken, daſſelbe dem Sprachgebrauche der Rechtsquellen zu Folge ſo zu benennen.

Mit der Einführung der exceptio rei venditae et non traditae hat es eine ganz andere Bewandniß. Nach dem alten ius civile, welches ſich in dieſer Beziehung auf eine beſondere Vorſchrift des Zwölftafelgeſetzes gründete, ging das Eigenthum an verkauften Sachen nach der Uebergabe nicht eher an den Käufer über, als bis er den Kaufpreis bezahlt, oder dafür hinreichende Sicherheit geſtellt hatte [25]), und bis dahin ſtand dem Verkäufer die Eigenthumsklage gegen den Käufer auch nach der Uebergabe zu [26]). Dieſe offenbare Begünſtigung des Verkäufers wurde von Seiten des Prätors, welcher bekanntlich immer nach den Grundſätzen der Billigkeit das Civilrecht milderte, dadurch aufgewogen, daß er den Grundſatz aufſtellte, der Käufer könne nicht zur Zahlung des Kaufpreiſes

---

20) Cic., de off. III. 17. Caius, inst. IV. §. 61. §. 30. J. 4. 6. in quo et illud continetur.

21) Für das Commodatum wird dieß Retentionsrecht ausdrücklich anerkannt in L. 18. §. 4. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 20. D. de acquirenda vel amitt. possessione. (41. 2.) L. 15. §. 2. D. de furtis. (47. 2.) L. 59. D. ibid. Von anderen Fällen ſprechen L. 7. §. 1. D. de compensationibus. (16. 3.) L. 8. §. 2. D. de negotiis gestis. (3. 5.)

22) Paulli sent. rec. 2. 12. §. 12. L. 11. C. depositi vel contra. (4. 34.) L. 14. §. 1. C. de compensationibus. (4. 31.) §. 30. J. 4. 6.

23) L. 13. §. 8. D. de act. empti vend. (19. 1.): Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. L. 22. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) L. 13. §. 8. D. de aedilicio edicto (21. 1.), vergl. mit L. 15. §. 2. D. de furtis. (47. 2.) L. 5. D. de dote praeleg. (33. 4.)

24) So Schenck, die Lehre vom Retentionsrechte, §. 4, S. 56—60.

25) §. 41. J. de rerum divisione (2. 1.), ibique Theoph. Vgl. Varro, de re rust. II. 2. §. 6. Quinct. declam. 336. L. 19. D. de contr. empt. (18. 1.) L. 53. D. ibid. L. 25. §. 1. D. de usufructu et quemadmodum. (7. 1.) L. 5. §. 18. D. de tributoria actione. (14. 4.) L. 38. §. 2. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 5. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 11. §. 2. D. de actionibus empti et venditi. (19. 1.)

26) L. 5. §. 18. D. 14. 4.

vom Verkäufer vor der Tradition der Sache angehalten werden, und demgemäß eine Exception zu geben versprach. Dieß iſt die urſprüngliche Bedeutung der exceptio rei venditae et traditae [27]), welche ſo gefaßt wurde: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est [28]), eine in factum concipirte, und wohl, wie die exceptio metus, aus der allgemeinen exceptio doli mali herausgetreten iſt, da ſie als noch mit dieſer concurrirend in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern erwähnt wird [29]). Ihre Anwendung bezog ſich zunächſt wohl nur auf den Fall der unterlaſſenen Tradition, ſpäterhin hat man ſie auch auf den der Eviction bezogen, da der Eintritt der Eviction der unterlaſſenen Tradition in ſeinen Folgen gleichgeſtellt wird [30]). Auch Eingriffe des Verkäufers in das Dispoſitionsrecht des Käufers über die verkaufte Sache berechtigen zur Vorſchützung der Einrede [31]). Daß ſie in Wegfall kommt, wenn dem Käufer bei dem Abſchluſſe des Kaufes oder vorher die Kaufsbedingung geſtellt worden iſt, daß er den Kaufpreis bezahlen ſolle, ehe ihm die Sache tradirt wird, geht aus einer Stelle von Cajus [32]) hervor; doch half man hier nicht durch Denegation der Exceptio, ſondern durch die Gewährung der replicatio: aut si praedictum sit, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit. Dabei verſteht es ſich von ſelbſt, daß bei dem Gebrauche der Exception die Beweislaſt auf den Excipienten überging nach den allgemeinen Regeln von dem Beweiſe der Exceptionen. — Als ſich nun im Verkehre gewiſſe ſynallagmatiſche Geſchäfte hervorhoben, welche zwar nach dem ius gentium eingegangen, gleichwohl aber durch ihre Reception in das Civilrecht als nach ſolchem eingegangen betrachtet wurden, ſtellte ſich aus den Grundſätzen der bona fides, nach welchen ſie beurtheilt wurden, das Retentionsrecht des einen Contrahenten bei der Leiſtungsverzögerung von Seiten des Anderen als ein weſentliches Merkmal dieſer Contracte heraus, und es war ſomit natürlich, daß in Fällen, wo jene Leiſtungsverzögerung ſchon durch andere Rechtsmittel geltend gemacht werden konnte, wie bei dem Kaufe, doppelte Rechtsmittel concurrirten, die aber gleichwohl darin mit einander übereinkommen, daß der Beklagte dieſelben ausdrücklich anſprechen, und nöthigenfalls ihre factiſche Grundlage beweiſen muß. Beide Rechtsmittel ſind aber in ihren Folgen weſentlich verſchieden auch noch im neueſten Rechte, da die Exception, wenn ſie bewieſen wird, eine völlige Abſolution des Beklagten zu Wege bringt; das in der Form der tacita compensatio geltend gemachte Retentionsrecht aber nur eine Minderung der Condemnationsſumme herbeiführt.

Aus dem Geſagten ergibt ſich ſo viel als gewiß, daß die ganze Lehre

---

27) Caius, inst. IV. §. 126. L. 5. §. 4. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.) L. 25. D. de actione empti et venditi. (19. 1.) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

28) L. 25. D. 19. 1.

29) L. 5. C. de evictionibus. (8. 45.)

30) L. 3. pr. D. 19. 1. L. 11. §. 13. D. ibid.

31) L. 25. C. 19. 1.

32) Caius, inst. IV. §. 126.

von der exc. non adimpl. contr. das Reſultat einer unwiſſenſchaftlichen Methode und aus der Verſchmelzung zweier Inſtitute des römiſchen Rechtes entſtanden iſt, die gleichwohl auch in der Praxis auseinander gehalten werden müſſen, dem Retentionsrechte der bonae fidei iudicia und der exceptio rei venditae non traditae. Dieſe Verſchmelzung entſtand durch den unjuriſtiſchen Tact der Praktiker des ſiebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts. Hatte man nun einmal dieſe Lehre als Dogma angenommen, ſo kam man auch leicht auf die Irrwege die Grundlage dieſer Exception als geleugneten Klaggrund anzuſehen, und den Beweis der Contractserfüllung dem Kläger aufzuerlegen. Von da aus ging man unvermerkt weiter, und kleidete das bei anderen Contracten außer dem Kaufe zuläſſige Retentionsrecht in die Form der exceptio non adimpleti contractus, welche hier ganz unpaſſend erſcheint.

Exceptio non rite adimpleti contractus [1]), auch exc. non debito modo adimpleti contractus (Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages), heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten der Einwand, welchen der aus einem Bilateralcontracte Verklagte, welcher die verpflichtende Kraft des Vertrages für ſich anerkennt, aus ſeinem Inhalte inſofern hernimmt, als er behauptet, daß er ſeine vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht zu leiſten habe, da der Kläger die ſeinigen zwar erfüllt, aber nicht in der Weiſe, wie er ſie dem Vertrage nach habe erfüllen ſollen. Das Eigenthümliche dieſer Exception ſetzt man in die mangelhafte oder fehlerhafte Leiſtung des Klägers, und bürdet daher dem Beklagten den Beweis derſelben auf, und dadurch, ſagt man, unterſcheide ſie ſich von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages [2]). Als fehlerhaft gilt aber die Leiſtung, wenn die überlieferte Sache die Eigenſchaften nicht hat, welche ſie nach der beſtimmten und bündigen Verſicherung der Leiſtenden haben ſollte, oder wenn ſie mit Mängeln behaftet iſt, für welche der Leiſtende vermöge geſetzlicher Vorſchrift auch ohne beſonderes Verſprechen einſtehen muß. Andere geben zwar zu, daß die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages mit der des nicht erfüllten nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilen, mithin auch dem Kläger der Beweis der gehörigen Erfüllung aufzubürden ſei; heben aber in der Praxis dieſe Regel faſt ganz wieder auf durch die Behauptung, daß, ſobald der Beklagte die zu gewährende Sache oder Leiſtung angenommen habe, er auch der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages verluſtig werde [3]). — Indeſſen hat man es nicht unterlaſſen die Unhaltbarkeit beider Mei-

1) Literatur: Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, Bd. 6, Nr. 27, S. 268. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 231—238. Heerwart, über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 353—363. Schenck, über die exceptio non adimpleti contractus, ebendaſelbſt Bd. 20, S. 467—472. Treitſchke, noch einige Bemerkungen über die ſogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ebendaſ. Bd. 22, S. 436—442.

2) So Weber, von der Beweisführung, Abh. 4, §. 27.

3) So Borſt, von der Beweislaſt, S. 101.

nungen durch äußere und innere Gründe darzuthun. Vor allen Dingen hat man es mit Recht gerügt, daß man es unterlaſſen, ſich darüber zu verſtändigen, was es heiße, den Contract nicht gehörig erfüllt haben[4]). In dieſer Beziehung hat man aus den römiſchen Rechtsquellen bereits nachgewieſen, daß eine theilweiſe oder fehlerhafte Erfüllung des Contractes für eine Nichterfüllung geachtet werde, wenigſtens in Bezug auf die Berechtigung, die gegneriſche Leiſtung zu fordern; einerlei, ob die Leiſtung vom anderen Theile angenommen worden oder nicht[5]). Allein, wenn man daraus hat folgern wollen, daß die exceptio non rite adimpleti contractus nach denſelben Grundſätzen zu beurtheilen ſei, wie exc. non adimpleti contractus, ſo liegt dieſem Schluſſe doch immer die petitio principii zu Grunde, daß es wenigſtens mit der letzteren ſeine Richtigkeit habe (ſ. dagegen den vorhergehenden Artikel). Die neueren Unterſuchungen über unſere Einrede gewähren wenig erſprießliche Reſultate. Heerwart[6]) erklärt, nachdem er den in den Geſetzen klar vorliegenden Ungrund zwiſchen gänzlicher und theilweiſer Nichterfüllung in Betreff der contractlichen Leiſtung nachgewieſen hat, den Fall, wo eine verſprochene Species weſentliche Mängel an ſich hat, von dem Falle der noch gar nicht oder nicht vollſtändig geſchehenen Erfüllung für weſentlich verſchieden. Die letztere gibt nach ſeiner Anſicht dem belangten Contrahenten nur das Recht ſeine Gegenleiſtung zurückzuhalten, bis der Gegner ſeinerſeits erfüllt hat, und es iſt mithin nur ein Aufſchub, den er damit gewinnt und der in Folge dieſer Einrede zurückgewieſene Kläger kann ſeinen Anſpruch immer von neuem erheben, wenn der Grund der Einrede beſeitigt iſt. Die Fehlerhaftigkeit der gelieferten Species autoriſire aber den Beklagten entweder zur Klage auf Entſchädigung oder zur gänzlichen Aufhebung des Vertrages, und führe mithin zum Theil auf dem Wege der exceptio quanto minoris oder redhibitionis eine definitive Entſcheidung der ganzen Sache herbei. Auch in Betreff deſſen, was den Gegenſtand des Beweiſes bei der Einrede der Fehlerhaftigkeit bildet, unterſcheide ſich dieſelbe von der zuerſt genannten. Denn wer davon Gebrauch mache, müſſe nicht allein die Verbindlichkeit ſeines Gegners, für die geklagten Mängel zu haften, nachweiſen, wenn ſie nicht ſofort aus dem Geſetze klar iſt, ſondern auch darthun, daß die empfangene Sache zur Zeit des geſchloſſenen Vertrages mit dem fraglichen Mangel behaftet geweſen ſei. Schenck[7]) unterſcheidet ebenfalls zwiſchen der Leiſtung eines Genus und einer Species, und legt nur im letzten Falle den Beweis des nicht gehörig erfüllten Vertrages dem Beklagten auf; denn nur hier diene die qualitative Beſchaffenheit der Sache nicht dazu, den Gegenſtand des Vertrages zu beſtimmen, alſo ſei es Sache des Beklagten nachzuwei-

4) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 17, S. 237.

5) L. 13. §. 8. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 31. §. 1. D. de rebus creditis. (12. 1.) L. 57. pr. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) L. 22. D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) Vergl. Heerwart, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 7, S. 354.

6) A. a. O. Th. 7, S. 357—363.

7) A. a. O. Bd. 20, S. 469 flg.

ſen, daß die verſprochenen Eigenſchaften ſich nicht an der Sache fänden, geſetzt auch, daß der Kläger ihr Vorhandenſein zugeſichert hätte. Treitſchke[8]) endlich behauptet, daß unſere Einrede ihrem Weſen nach von der Einrede des nicht erfüllten Contractes nicht verſchieden ſei, und daß, da dieſe nur eine Ableugnung des factiſchen Klaggrundes enthalte, der zur Leiſtung Zug für Zug verbundene Kläger ſein Petitum nur dahin richten könne, daß gegen die ſeinerſeitige contractgemäße Erfüllung auch der Beklagte erfüllen ſolle, oder wenigſtens anführen müſſe, daß er dieſe Erfüllung in der angegebenen Maße bereits bewirkt. Dadurch werde auch die Beweislaſt der gehörigen Contractserfüllung auf den Kläger gewälzt, einerlei ob er dieſelbe bereits in der Klage angeführt, oder ſie durch die Vorſchützung unſerer Einrede von Seiten des Beklagten nachgebracht werde. Dieß finde auch dann ſtatt, wenn der gelieferten Sache eine negative Eigenſchaft abgeht, welche der Kläger ausdrücklich garantirt hat. Fehlt dieſe Garantie des Klägers, ſo falle die Beweislaſt auf den Beklagten, wenn der Fehler der Sache in etwas beſtand, deſſen Abweſenheit ſtillſchweigend vorauszuſetzen war, z. B. in einer Krankheit der gelieferten Sache, oder in einer erſt nach Abſchluß des Contractes erfolgten Veränderung derſelben, welche geſetzlich oder nach der Natur des Contractes den Kläger befreit, oder in Anſprüchen eines Dritten, welche Eviction drohen.

Bei den Unterſuchungen über die Natur unſerer Einrede ſind zwei ganz verſchiedene Sachen verwechſelt worden, nämlich die aus der Natur der bonae fidei iudicia fließende Compenſationsbefugniß, verbunden mit dem Retentionsrechte, welche natürlich auch hier unter denſelben Vorausſetzungen wirkt, wie im Falle des gar nicht erfüllten Contractes (ſ. den Art. exceptio non adimpleti contractus), und der aus dem ädiliciſchen Edict entſpringende Anſpruch auf Gewährung des Verſprochenen (dicta et promissa), auf Fehlerloſigkeit der gekauften Sache und auf Leiſtung der Stipulation wegen Eviction, welcher nicht allein auf dem Wege der Klage (durch die actio redhibitoria und quanti minoris), ſondern eben ſo gut auf dem Wege der Exception geltend gemacht werden kann[9]). Dieſe letzteren Anſprüche beziehen ſich nach dem ausdrücklichen Zeugniſſe der römiſchen Juriſten, welche das ädiliciſche Edict commentirten, nur auf den Kauf[10]), und können mithin nicht auf andere zweiſeitige Contracte ausgedehnt werden. Halten wir an dieſer Grundlage feſt, ſo wird es leicht ſein, die Verwechslung, welche ſo viel Unheil in dieſer Lehre geſtiftet hat, für immer zu heben. Wurden nämlich ſolche Anſprüche auf dem Wege der Exception realiſirt, ſo hatte der Beklagte dieſe zur gehörigen Zeit vorzuſchützen, und ihre Grundlage, wo nöthig, zu beweiſen, und inſofern fand hier einige Aehnlichkeit mit dem oben genannten Retentionsrechte ſtatt; allein die Verſchiedenheit zeigte ſich in den Wirkungen. Während nämlich das Retentionsrecht in der Regel bei

8) A. a. O. Th. 22, S. 435—442.
9) L. 59. pr. u. §. 1. D. de aedilicio edicto. (21. 1.)
10) L. 62. u. 63. D. 21. 1.

nicht vollſtändiger Leiſtung nur eine Minderung der Condemnationsſumme herbeiführen konnte, wirkte die vorgeſchützte und bewieſene Exception eine reine Abſolution, ſo daß jeder Anſpruch aus dem Contracte für die Zukunft in ſeinem Keime vernichtet wurde. — In Betreff der Ausübung des Retentionsrechtes bedarf es noch der Bemerkung, daß daſſelbe überhaupt nur da zur Anwendung kommen kann, wo die gegenſeitigen Leiſtungen entweder Zug für Zug gehen, oder aber diejenige Leiſtung, weßhalb es geübt wird, als Vorleiſtung ſich darſtellt. Hat ein Vertrag mehrere einzelne Sachen zum Gegenſtande, und iſt für jede derſelben eine beſondere Gegenleiſtung bedungen, ſo wird dieß juriſtiſch ſo angeſehen, als wären ſo viel einzelne Verträge vorhanden, und daher kann die Nichterfüllung in Anſehung des einen Gegenſtandes dem Contrahenten kein Recht geben, die Gegenleiſtung für den anderen Gegenſtand zurückzuhalten, in Anſehung deſſen der Kläger den Vertrag erfüllt oder ſich dazu bereit erklärt hat [11]; und eine Ausnahme davon wäre nur dann anzunehmen, wenn der ſtückweiſen Preisbeſtimmung ungeachtet die Abſicht der Contrahenten nur auf das Ganze gerichtet war [12]). War ferner ein ganzes Werk der Gegenſtand des Vertrages, ſo kann vor deſſen gänzlicher Vollendung der bedungene Preis eben ſo wenig, als die Zahlung des Preiſes vor der Ausführung des Werkes gefordert werden. Doch wird man hier die Bezahlung für jedes vollendete Stück fordern können, wenn für jedes Stück, ſei es durch Maß oder auf andere Weiſe beſtimmt, ein gewiſſer Preis feſtgeſetzt war [13]). Leiſtungen, welche eine beſtimmte Zeit hindurch verſprochen worden ſind, z. B. Dienſte, Miethwohnungen, Gutspachte, ſind nicht eher als vollſtändig geſchehen zu betrachten, als bis jene Zeit ganz abgelaufen iſt [14]). War aber eine gewiſſe Zeit beſtimmt, zu welcher die Gegenleiſtung oder ein Theil derſelben gegeben werden ſollte, dann iſt blos darauf zu ſehen, ob der Gegner allen, bis zu jenem Zeitpunkte zu leiſtenden Obliegenheiten nachgekommen iſt [15]).

Exceptio obreptionis [1]). Kaiſerliche Reſcripte, welche auf Berichte oder Suppliken von Privatperſonen erlaſſen werden, ſetzen zu ihrer Giltigkeit voraus, daß die Sache der Wahrheit gemäß müſſe dem Landesherrn vorgetragen worden ſein; denn in der vorausgegangenen Vorſtellung liegt der Grund des ganzen Reſcriptes. Sind alſo in der Supplik dem Landesherrn wahre Umſtände verſchwiegen, oder falſche vor-

---

11) L. 29. pr. D. de verbor. obligat. (45. 1.) L. 140. pr. D. ibid. L. 34. pr. D. 21. 1.
12) L. 34. §. 1. D. 21. 1.
13) L. 30. §. 3. D. 19. 2.
14) L. 24. §. 2. D. 19. 2.
15) L. 24. §. 3. D. 19. 2.
1) Literatur: Bechmann, diss. de sub- et obreptione. Graebe, disquisitio de exceptionibus sub- et obreptionis eorumque probatione. Rinteln 1788, 4. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. I. tit. 3. tom. I. p. 182—200. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1, S. 542—548. Thibaut, über den Beweis der exceptio subreptionis und obreptionis, im Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 17, S. 161—172.

geſpiegelt worden, ſo fällt der Grund des Reſcriptes weg, und die Verfügung ſelbſt kann nicht gelten [2]). In den römiſchen Rechtsquellen finden wir in dieſer Beziehung folgendes Verfahren als das gewöhnliche. Dem Reſcripte wurde immer die Supplik, auf welche es erlaſſen worden, mit angehängt [3]), und daſſelbe bezog ſich entweder ſtillſchweigend, oder ausdrücklich auf ſie. Daher die Reſcriptformeln: si, ut proponis; si, ut dicis; si, ut allegas; si, ut adseveras; si preces veritate nitantur [4]); si vera sunt, quae precibus complecteris [5]); si allegationibus tuis fidem adesse iudex perspexerit [6]). Nach einer Verordnung des Kaiſers Zeno ſoll überhaupt gar kein Reſcript erlaſſen werden, als unter Beifügung der Supplik und Hinzufügung der Clauſel si preces veritate nitantur [7]). Verhielt ſich nun die Sache anders, als ſie in der Supplik dargeſtellt war, ſo ſtand es dem, welcher durch die Giltigkeit des Reſcriptes in Schaden kam, frei, ein Rechtsmittel zu brauchen; im älteren Rechte gehörte hierher die Appellation [8]), im neueren Rechte findet ſich zu dieſem Zwecke eine beſondere praescriptio mendaciorum erwähnt [9]), deren Beweis dem, welcher von ihr Gebrauch machte, nach den allgemeinen Prozeßregeln auferlegt wurde [10]). Das canoniſche Recht, welches ſich im allgemeinen auf dieſe Sätze des röm. Rechtes ſtützt, hat verfügt, daß die Clauſel si preces veritate nitantur, auch wenn ſie nicht ausdrücklich im Reſcripte hinzugefügt iſt, ſich doch von ſelbſt verſtehen ſolle [11]), und allen päbſtlichen Reſcripten Wirkſamkeit abgeſprochen, wenn in den Suppliken, auf die erſtere erlaſſen wurden, entweder die wahren Thatumſtände verſchwiegen [12]), oder aber unwahre Facta vorgebracht worden waren [13]), in der

---

2) Paulli sent. rec. I. 12. §. 6. L. 1. Iust. C. si contra ius. (1. 22.) L. 3—5. C. ibid.

3) L. 6. D. ad legem Iuliam de vi publica. (48. 6.) L. 33. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 3. D. de alimentis vel cibariis. (34. 1.) L. 7. pr. C. de diversis rescriptis. (1. 23.) Vergl. J. Gothofr. ad L. 4. C. Th. de diversis rescriptis (1. 2.) ed. Ritter tom. I. p. 18.

4) L. 7. pr. C. 1. 23.

5) L. 13. C. de transactionibus. (2. 4.)

6) L. 3. C. qui morbo se excusant. (10. 50.) L. 3. C. si adversus fiscum. (2. 37.) L. 3. C. de fideiussoribus et mandatoribus. (8. 41.)

7) L. 7. pr. C. 1. 23.

8) L. 1. §. 1. D. de appellationibus. (49. 1.)

9) L. 2. C. si contra ius vel utilitatem publicam. (1. 22.)

10) L. 1. Th. C. de dilationibus. (2. 7.) L. 2. Iust. C. de dilationibus. (3. 11.) Die entſcheidende Leſeart probanda wird im Juſtinianiſchen Coder nicht allein durch die Auctorität des Theodoſiſchen Coder und deſſen Interpretation verbürgt, ſondern findet ſich auch in Handſchriften des Juſtinianiſchen Coder nach dem Zeugniſſe von Charondas und Baudoza, ferner in der von Herrmann verglichenen Handſchrift der Paulinerbibliothek zu Leipzig (ſ. Herrmanni not. ad L. 2. C. 3. 11. p. 182. A.), und wird auch durch die Baſiliken (VII. 17. 12. ed. Heimbach tom. I. p. 314) erhärtet. Gleichwohl billigt Thibaut a. a. O. Bd. 17, S. 169, die Leſeart Haloanders improbanda und verbindet damit eine der hier angenommenen Anſicht widerſprechende Erklärung, welche mit der falſchen Leſeart zuſammenfällt.

11) C. 2. X. de rescriptis. (1. 3.)

12) C. 3. 8. 16. 19. 20. 26. 31. X. de rescriptis. (1. 3.)

13) C. 15. 20. X. de rescriptis. (1. 3.)

Maße, daß die Richter angewieſen werden, Alles, was in Folge ſolcher Reſcripte angeordnet worden iſt, für ungiltig und ungeſchehen zu erklären[14]). Außerdem trafen auch nach dem römiſchen Rechte ſolche argliſtige Supplicanten in manchen Fällen extraordinäre Strafen[15]). Aus dieſen geſetzlichen Elementen hat ſich unter den Händen der Rechtsgelehrten folgende Theorie entwickelt. Befindet ſich die Sache anders, als dem Landesherrn vom Impetranten des Reſcriptes vorgeſtellt worden, ſo wird das auf eine ſolche Art erhaltene Reſcript ein heimlich erſchlichenes genannt. Hiergegen kann ſich der Impetrat, dem das Reſcript zum Nachtheile gereicht, mit einer Einrede ſchützen, welche nach dem Unterſchiede der Fälle bald exceptio subreptionis oder obreptionis genannt wird: subreptionis, wenn das Reſcript durch Anführung falſcher Thatumſtände erſchlichen worden iſt; obreptionis, wenn es durch Verſchweigung wahrer zur Sache gehöriger Umſtände veranlaßt worden[16]). Andere, wie Bechmann, erklären indeß die Sache gerade umgekehrt[17]). Man ſtützt ſich zur Begründung dieſer Diſtinction auf c. 20. X. de rescriptis (1. 3.), was indeß zur Annahme dieſer Kunſtausdrücke nicht den geringſten Beleg bietet. Vielmehr werden beide Wörter ſowohl in den römiſchen als in den canoniſchen Rechtsquellen recht abſichtlich gebraucht, um ein und dieſelbe Sache zu bezeichnen, d. h. die heimliche Erſchleichung eines kaiſerlichen oder päbſtlichen Reſcriptes ohne Rückſicht darauf, ob dieß durch Verſchweigung wahrer Thatumſtände, oder durch Aufnahme unwahrer in der Supplik, oder auf andere Weiſe veranlaßt worden iſt[18]). Hierzu kommt noch, daß in einer und derſelben Conſtitution die Ausdrücke precum obreptio und precum subreptio zur Bezeichnung deſſelben Begriffes gebraucht werden[19]). — Was den Beweis dieſer Einreden betrifft, ſo behaupten manche Juriſten, daß zwiſchen beiden Fällen ein Unterſchied obwalte[20]). Nämlich die Einrede der Subreption brauche nicht vom Excipienten bewieſen zu werden, weil dieſer verneine, daß das, was dem Lan-

---

14) C. 19. 26. 31. X. 1. 3. Andere Stellen erklären dieſe Anordnungen auch ohne richterliche Sentenz für nichtig. C. 8. 15. 16. X. 1. 3.

15) L. un. Th. C. 11. 10. L. 5. Iust. C. 1. 22.

16) So Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. I. tit. 3. §. 5. tom. I. p. 184. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1, S. 544.

17) Diss. de sub- et obreptione cap. I.

18) So in L. 9. Th. C. de diversis rescriptis. (1. 2.) L. 20. Th. C. de annonis et tributis. (11. 1.) L. 1. Th. C. de rei vindicatione. (2. 23.) L. 4. Iust. C. de immunitate concessa. (11. 12.) Cap. 22. X. de rescriptis. (1. 3.)

19) L. un. Th. C. si nuptiae ex rescripto pet. (3. 10.) L. 1. Iust. C. si nuptiae ex rescripto. (5. 8.) Aehnlich ſind L. 2. Iust. C. si nuptiae ex rescripto. (5. 8.) L. 2. Iust. C. de legibus. (1. 14.) Bemerkt iſt dieß ſchon worden von Jac. Gothofr. paratitl. ad Theod. Cod. I. 2. ed. Ritter tom. I. p. 13.

20) J. H. Böhmer, in iure ecclesiastico Protestantium, lib. I. tit. 3. §. 11. tom. I. p. 188. Eubel, introductio in ius eccles. Catholicorum, tom. IV. §. 226. not. c. Eichmann, in den Erklärungen des bürgerlichen Rechtes, Th. 2, S. 63.

desherrn vorgetragen worden, Wahrheit ſei. Demnach müſſe der Impetrant des Reſcriptes darthun, daß er der Sache gemäß ſeinen Vortrag geſtellt, nach der Regel in facti quaestionibus non neganti, sed affirmanti incumbit probatio. Bei der Obreption hingegen verhalte ſich die Sache ganz anders. Dieſe müſſe der, welcher ſie zur Ausflucht vorſchützt, allemal beweiſen, weil er etwas behaupte, was nicht vermuthet werden könne, nämlich, daß wahre, weſentliche Umſtände in der Supplik vorſätzlich verſchwiegen worden ſeien. Dieſe Theorie hat indeß in der Praxis nicht Wurzel gefaßt, und, wenn ſchon das römiſche Recht die praescriptio mendaciorum ohne Unterſchied der Fälle dem Impetraten zu beweiſen auferlegte, das Kirchenrecht aber in dieſer Beziehung keine neuen Grundſätze aufſtellte, ſo kann es doch wohl heutzutage keinem Zweifel unterliegen, daß die Sache lediglich dem Ermeſſen des Richters zu überlaſſen und von ihm nach Geſtalt und Gelegenheit der Sachen und deren Umſtänden zu beſtimmen ſei, ob im concreten Falle dem Impetranten oder dem Impetraten die Beweislaſt aufzuerlegen ſei [21]). Iſt demnach das Reſcript auf beſcheinigte Vorſtellung erfolgt, ſo wird die Präſumtion wohl für ſie ſprechen, und dieſe mithin ſo lange als richtig und vollſtändig gelten müſſen, als nicht das Gegentheil vom Impetraten erwieſen iſt. Liegen aber umgekehrt im concreten Falle Umſtände vor, welche die Sache des Impetranten verdächtigen, und die Exception des Impetraten wahrſcheinlich machen, ſo dürfte dem Impetranten der Beweis von dem Grunde des erhaltenen Reſcriptes auferlegt werden müſſen. Doch wird dieſer Fall in der Praxis ſeltener vorkommen, da ſchon das gemeine teutſche Recht denen, welche ein Reſcript ſollicitiren, die Verpflichtung auferlegt, zugleich mit der Supplik die Narrata derſelben etlichermaßen zu beſcheinigen [22]). Thibaut [23]) erkennt die Giltigkeit der Einreden nur bei den Juſtizreſcripten an, und nimmt als Regel für den Beweis die Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes zu Hilfe. Mithin legt er dem Impetraten den Beweis der Einrede auf, oder verſchont ihn mit demſelben, je nachdem ihm im Prozeſſe der Beweis obgelegen hätte oder nicht, da ja doch anzunehmen ſei, daß der Regent nur auf ſolche Anführungen beifällig hätte reſcribiren wollen, welche nach den gewöhnlichen Prozeßregeln dem Producten die Laſt des Beweiſes auferlegen. — Die Wirkung der Einrede beſteht darin, daß die Vollziehung des Reſcriptes bis zum Austrage der Sache ausgeſetzt bleibt [24]). Nun ſteht es zwar dem Richter, an welchen das Reſcript erlaſſen, oder bei dem es von dem Impetranten inſinuirt wird, zu, die Unterſuchung darüber zu führen, ob die Sache dem Landesherrn der Wahrheit gemäß vorgeſtellt worden iſt, oder

21) J. R. A. §. 80. Darnach entſcheiden auch Tafinger, instit. iurisprud. cameral. sect. IV. tit. 3. §. 909; Graebe, disquis. de exceptionibus sub- et obreptionis eorumque probatione; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1, S. 545.

22) J. R. A. §. 79.

23) A. a. O. Bd. 17, S. 170, 171.

24) C. 2. X. de officio et potestate iudicis delegati. (1. 29.) Vergl. Böhmer l. c. §. 13. tom. I. p. 190.

nicht [25]); er muß ſich aber nach geſchehener Unterſuchung nach den Vorſchriften des Kirchenrechtes [26]) alles eigenmächtigen Erkenntniſſes enthalten und vielmehr nach geſchehener Unterſuchung Bericht an den Landesherrn erſtatten, damit dieſer entweder die Giltigkeit des Reſcriptes ſelbſt aufheben, oder das Erkenntniß darüber dem Richter überlaſſen könne [27]). Wird dann das Reſcript für nichtig erklärt, ſo hat jedenfalls der Impetrant auch die Koſten des Verfahrens zu bezahlen und dem Impetraten Schadenerſatz zu leiſten [28]). Die arbiträren Strafen, welche das Recht für die, welche ſolche Reſcripte erſchleichen, feſtgeſtellt hat, ſind durch die heutige Praxis abgekommen [29]). — Manche Rechtsgelehrten machen einen Unterſchied zwiſchen rescripta gratiae und iustitiae in Betreff der Wirkung unſerer Exceptionen. Jene ſollen, falls die Einrede bewieſen iſt, von ſelbſt (ipso iure), dieſe nur durch Vorſchützung der Nullitätseinrede (ope exceptionis) annullirt werden. Allein dieſe Unterſcheidung iſt in den canoniſchen Rechtsquellen nicht gegründet und darum wohl ſchon zeitig von den beſſeren Lehrern des Kirchenrechtes verworfen worden [30]). Thibaut [31]) ſtellt die Statthaftigkeit der Einrede bei den Gnadenreſcripten gänzlich in Abrede, weil Dritten, welche ſich durch ſolche Verfügungen verletzt glauben, nichts anders übrig bleibe, als die Einreichung einer Supplik um das Nichtverdienſt und die Lügenhaftigkeit des Impetranten darzuſtellen, und dann werde alles wieder von der Willkür des Regenten abhängen, weil derſelbe auch ohne Rechtfertigungsgründe willkürlich handeln dürfe. Selbſt, wenn das Reſcript die Gründe der Verleihung beſonders angibt, ſo könne aus der erwieſenen Falſchheit dieſer Gründe noch nicht die Nichtigkeit des Reſcriptes gefolgert werden, da der Regent durch obwaltende Umſtände veranlaßt ſein könne, den eigentlichen Grund ſeiner Handlung geheim zu halten.

Exceptio plus petitionis [1]) heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten das Anführen des Beklagten, daß der Kläger ſeine gerechte Forderung übertreibe, d. h. mehr in ſeiner Klage fordere, als er

---

25) L. 4. C. 1. 21. C. 7. X. de fide instrumentorum. (2. 22.) C. 2. X. de off. et potest. iudicis delegati. (1. 29.)

26) C. 4. X. de rescriptis. (1. 3.) C. 2. X. de officio et potestate iud. delegati. (1. 29.) Dieß wird auch in den Stellen ſtillſchweigend vorausgeſetzt, welche die Ungiltigkeit ſolcher erſchlichenen Reſcripte ausſprechen.

27) Vergl. Böhmer l. c. §. 16. tom. I. p. 192, 193.

28) Cap. 43. X. de rescriptis. (1. 3.) C. 3. in VI. de rescriptis. (1. 3.) C. 1. Clem. de rescriptis. (1. 2.)

29) Böhmer l. c. §. 17. tom. I. p. 193.

30) Gonzalez Tellez ad cap. 20. X. de rescriptis, u. Böhmer l. c. tom. I. p. 190.

31) Im Archiv für civil. Praxis, Bd. 17, S. 171.

1) Literatur: Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 496—510. Zimmern, der römiſche Civilproceß in geſchichtlicher Entwickelung bis auf Juſtinian, §. 178, S. 535 — 539. Schraderi notae ad §. 33—35. J. de actionibus (4. 6.) p. 663 sq. und ad §. 10. J. de exceptionibus (4. 13.) p. 714 sq.

zu fordern berechtigt iſt. Der Sitz der Pluspetition iſt nach den Anſichten der claſſiſchen Juriſten nur die Intentio der Formula, welche alles, was der Kläger von dem Beklagten verlangt, enthält [2]), und daher als Grundlage des rem in iudicium deducere behandelt wird [3]); nicht die Demonſtration derſelben, außer inwiefern ſie als directe Bedingung der Condemnation erſcheint [4]), noch die Condemnation [5]). Allein auch nicht in allen Intentionen war eine Pluspetition möglich; wenigſtens kam ſie in den incertae formulae nicht vor, weil dieſe nur einen unbeſtimmten Anſpruch in iudicium deducirten [6]). Eine dergleichen Uebertreibung der Forderung iſt nach den Anſichten des Cajus [7]), welchem hierin die Juſtinianiſchen Inſtitutionen folgen, in viererlei Weiſe möglich: re, tempore, loco, causa. Das erſte iſt der Fall, wenn Jemand ſtatt der ihm geſchuldeten Zehn vielmehr zwanzig verlangt [8]), oder wenn der, welcher nur theilweiſe Eigenthümer der geforderten Sache iſt, dieſelbe ganz oder zu einem größeren Theile, als ſie ihm gehört, in Anſpruch nimmt; das zweite, wenn Jemand entweder vor dem Eintritt des Zahltages oder der Suspenſivbedingung, von welcher die Obligation abhängt, die Klage anſtellt; das dritte, wenn Jemand nicht an dem beſtimmten Zahlungsorte, ſondern anderswo ohne Erwähnung des Zahlungsortes die Klage anſtellt; das letzte, wenn ſtatt des geſchuldeten Genus eine Species verlangt [9]), oder bei alternativen Obligationen durch die Faſſung der Intention dem Beklagten das ihm zuſtehende Wahlrecht entzogen wird. Die allgemeine Wirkung jeder Pluspetition war es zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten, daß der Kläger den Prozeß verlor, und alſo gar nichts bekam [10]). Die Kunſtausdrücke, mit welchen man dieſe Wirkung bezeichnete, ſind causa cadere [11]), formula excidere [12]). Daß dieſe Wirkung des plus petere nicht eine poſitive, auf materielle Gründe geſtützte Strafe war, ſondern nur als ein bloßer Ueberreſt des uralten, vielfach entſcheidenden Einfluſſes des Formelweſens auf die materiellen Rechtsverhältniſſe angeſehen

---

2) Caius, inst. IV. §. 41, 53, 58, 60. §. 33. J. de actionibus. (4. 6.)

3) Caius, inst. IV. §. 131 u. §. 53—60. Vergl. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 246 flg.

4) Caius, inst. IV. §. 58—60.

5) Caius, inst. IV. §. 57 u. 68.

6) Cic. pro Roscio com. 4. Caius, inst. IV. §. 54. L. 1. pr. D. de interrogationibus in iure faciendis. (11. 1.)

7) So Caius, inst. IV. §. 53, und darnach die Inſtitutionen IV. 6. §. 33. Vergl. Cod. Hermog. 5. 2. Paulli sent. rec. I. 10. Eusebius, homilia 11. de pascha.

8) Dieß heißt bei Paullus l. c. summa plus petere.

9) Dieß nennt Paullus l. c. qualitate plus petere.

10) Caius, inst. IV. §. 53, 68. Paulli sent. rec. I. 10. §. 1, II. 5. §. 3. Consultatio vet. iurecons. cap. 5. §. 33—35. J. de actionibus. (4. 6.)

11) Cic. de invent. rhet. 2. 19, de orat. I. 36. Paulli sent. rec. I. 10. §. 1, II. 5. §. 3. Vat. fr. §. 53. Caius, inst. IV. §. 68. Vergl. über dieſen Ausdruck Keller a. a. O. S. 503.

12) Suet. Claud. cap. 14. Quinct. inst. orat. III. 6. §. 69. Vergl. über dieſen Ausdruck Keller a. a. O. S. 504.

werden kann, geht nicht allein aus den oben genannten Kunſtausdrücken hervor, ſondern ergibt ſich auch aus dem Umſtande, daß die Pluspetition mit ihren Folgen ſchon zur Zeit, wo die Prozeſſe in der Form der Legisactionen abgeſetzt wurden, vorkam[13]). Damit ſtimmt es überein, wenn in einer Stelle von Cajus[14]) die prozeſſualiſche Conſumtion der Klage als Miturſache der Wirkungen der Pluspetition genannt, und von demſelben Schriftſteller[15]) unſere Lehre nicht unter den eigentlichen poenae temere litigantium, ſondern vielmehr bei Gelegenheit der formulae erörtert wird, ſo daß ihre Wirkung als nothwendiger Ausfluß und einfache Folge allgemeiner Grundſätze und Rechtsſätze zu betrachten iſt. Dieſe Wirkung konnte aber zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten nicht durch die Geſtattung einer exceptio geltend gemacht werden, da ſie ſich aus der Faſſung der Intention von ſelbſt ergab, mithin keinen erſt von außen hinzutretenden Umſtand enthielt, dergleichen jede Exception zu ihrer Begründung verlangt. Dieſe Grundſätze blieben auch in Giltigkeit, ſeitdem die Prozeſſe nicht mehr durch die Conception von formulae inſtruirt, ſondern die ſogenannten extraordinaria iudicia, in welchen der Magiſtrat den Prozeß in eigner Perſon leitete und entſchied, zur Regel erhoben wurden. Es beruht indeß auf einer ſpäteren Verordnung von Zeno, welcher auch Kaiſer Juſtinian ſeine Zuſtimmung gegeben, daß, wer der Zeit nach zu früh geklagt hat, nach Verdoppelung des Zeitraums, welchen er durch ſeine Klage anticipirt, und ohne daß für die Zwiſchenzeit Zinſen gefordert werden können, abermals klagen könne, freilich nach Erſatz der dem Beklagten aus dem früheren Prozeſſe erwachſenen Koſten[16]). Für die übrigen Fälle der Pluspetition iſt durch eine Juſtinianiſche Conſtitution feſtgeſetzt worden, daß der dem Beklagten durch den früheren Prozeß verurſachte Schaden, z. B. wegen des höheren Sportelanſatzes, dreifach vom Kläger vergütet werden müſſe[17]), natürlich unter Einrechnung des Schadens in das Dreifache[18]), weßhalb dem benachtheiligten Beklagten auch eine ex lege condictio zugeſtanden wird[19]). Durch dieſe Verfügungen ſcheinen allerdings die ſtrengen Wirkungen der alten Pluspetition bedeutend gemildert zu ſein. Denn in den früheren Zeiten ging nicht allein die angeſtellte Klage bei der Pluspetition für den Kläger verloren, ſondern es war ihm auch wegen der prozeſſualiſchen Conſumtion unmöglich, dieſelbe Forderung noch in einem ſpäteren Prozeſſe geltend zu machen, da dieſem ſtets die Einrede des gefällten Urtheiles entgegenſtand. Die zuerſt genannte Wirkung blieb nun zwar auch im Juſtinianiſchen Rechte beſte-

13) Cic. de orat. I. 36. Vielleicht gehört hierher auch Plaut. Mostell. act. III. sc. 1. vs. 120 sq.

14) Inst. IV. §. 57.

15) Inst. IV. §. 53—60.

16) L. 1. u. 2. C. de plus petitionibus. (3. 10.) Es ſind leges restitutae. Vergl. Witte, die leges restitutae des Juſtinianiſchen Codex, S. 163—166. §. 33 u. 34. J. de actionibus (4. 6.) §. 10. J. de exceptionibus. (4. 13.) ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 881.

17) L. 2. §. 2. C. 3. 10. §. 24. u. 33. J. 4. 6.

18) §. 24. J. 4. 6.

19) §. 24. J. 4. 6.

hen (denn daß die angeſtellte Klage abgewieſen werde, ſetzte die Zeno'ſche und Juſtinianiſche Conſtitution gleichmäßig voraus); allein die andere Wirkung iſt ſeitdem als aufgehoben zu betrachten, da die Zeno'ſche Conſtitution bei der pluspetitio tempore die Nachklage unter gewiſſen Bedingungen ausdrücklich erlaubte [20]), und die Juſtinianiſche Conſtitution für alle anderweiten Pluspetitionen dieß vorauszuſetzen ſcheint [21]). — Aus dem Geſagten ergibt ſich zur Genüge, daß auch nach Juſtinianiſchem Rechte nicht eigentlich von einer exceptio plus petitionis die Rede ſein kann. Selbſt im Fall der pluspetitio tempore nicht, da das Anführen des Beklagten, der Kläger klage vor der Zeit, wenigſtens nicht die gewöhnliche Wirkung der Exception hat, daß nämlich, wenn ſie bewieſen wird und in Folge derſelben die Abſolution erfolgt, die Nachklage unmöglich gemacht wird. Daß aber ein ſolches Anführen im neueren Rechte in die Form der Exception gekleidet werden konnte, dafür ſcheint die Erwähnung der Zenonianiſchen Conſtitution im Inſtitutionentitel de exceptionibus zu ſprechen [22]). Jedenfalls wird man auch im heutigen Rechte dieſes Anführen als Einrede betrachten können, und inſofern ſpricht man heutzutage von einer exceptio nondum natae actionis, welche nur ein anderer Name für die exceptio plus petitionis tempore iſt. Seitdem nun auch die Vorſchrift Zeno's abgekommen iſt, daß, wer zu früh klagt, zweimal ſo lange, als er zu früh klagt, warten müſſe, ehe er eine neue Klage einreichen darf, kann der Exception nur die Wirkung beigelegt werden, daß die gegenwärtige Klage abgewieſen, und die ſpätere Klage nach Ablauf der feſtgeſetzten Zeitfriſt zugelaſſen wird.

Exceptio praeiudicialis [1]), auch praeiudicii, heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, welche der Beklagte zur Abwendung der Condemnation vorſchützt, wenn er dadurch in Schaden kommt oder zu kommen fürchtet, daß in zwei verſchiedenen Sachen dieſelbe factiſche Frage zur Entſcheidung kommt, d. h. in Folge deſſelben Factums zwei verſchiedene Prozeſſe entſtehen, alſo der Richter der erſten Sache die zweite ganz oder theilweiſe zugleich mit entſcheidet, mithin dem Richter derſelben eine Entſcheidungsnorm an die Hand gibt, die dieſer entweder befolgen muß oder wenigſtens zu befolgen geneigt ſein möchte. Solche Sachen nennt man nach einem, ſchon den Römern bekannten

---

20) L. 1. C. 3. 10. §. 33. J. 4. 6. §. 10. J. 4. 13.

21) L. 2. C. 3. 10. §. 24. J. 4. 6. Vergl. Schrader ad Iust. instit. p. 668 B.

22) §. 10. J. 4. 13.

1) Literatur: Raevard, de praeiudiciis libri II. (Brug. 1560, 8.) und in opusc. p. 810—867. Savigny, de concursu delictorum formali (Marb. 1800, 8.), §. 13—15. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 6, S. 512—516. Bethmann-Hollweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeſſes (Berlin 1827), S. 123—128. Zimmern, der römiſche Civilprozeß, §. 96, S. 297—301. — In den römiſchen Rechtsquellen wird die Einrede gewöhnlich nur mit exceptio mit dem Zuſatz ihres Inhaltes bezeichnet. Vergl. Cic. de invent. rhet. 2. 20. L. 13. 16. 18. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 25. §. 17. D. de hered. pet. (5. 3.)

Sprachgebrauche praeiudicia (Präjudicialſachen)[2], zu deren Begriffe Identität der Perſonen in beiden Prozeſſen keineswegs erforderlich iſt. Die Ordnung, nach welcher ſolche präjudicielle Sachen unterſucht werden ſollen, wird durch folgende zwei Regeln beſtimmt: 1) wenn dieſelbe Frage den ausſchließenden Inhalt beider Sachen ausmacht, ſo ſoll die größere (maior causa) zuerſt entſchieden und dadurch der kleineren präjudicirt werden, nicht aber umgekehrt [3]). Als die größere gilt aber jede einer beſonderen Jurisdiction untergebene Sache, wie die fiscaliſchen [4]), Centumviral- [5]) und Criminalſachen [6]) im Gegenſatz der gewöhnlichen Privatklagen, und auch jede causa existimationis neben einer blos pecuniären Sache [7]). Dieſe Regel iſt nicht ſowohl durch die ſpecielle Verfügung eines Geſetzes begründet worden, ſondern hat ſich vielmehr durch den Einfluß des prätoriſchen Edictes [8]) und der Doctrin gebildet, wenn ſchon ſpäterhin auch manche Senatsbeſchlüſſe die Allgemeingiltigkeit derſelben anerkannten [9]). 2) Wenn dieſelbe Frage in dem einen Prozeſſe als Incidentpunkt erſcheint, in dem anderen aber den ausſchließenden Gegenſtand des Rechtsſtreites bildet, ſoll die letztere zuerſt unterſucht und entſchieden werden. Sehr natürlich, da der geſammte Inhalt dieſer Sache für jene entſcheidend, präjudiciell iſt, in jener aber manche Thatſachen unterſucht werden müſſen, die für dieſe nicht von Einfluß ſind. So ſoll, wenn mit der confeſſoriſchen Klage wegen einer Prädialſervitut die Vindication des praedium dominans concurrirt, die letztere zuerſt angeſtellt werden [10]); eben ſo geht in der Concurrenz der Vindication mit der Theilungsklage oder der Condiction auf die Früchte des ſtreitigen Grundſtückes jene Klage dieſer vor [11]); auch kommt die status quaestio vor anderen Klagen zur Entſcheidung, welche von ihr abhängig ſind [12]); einem Teſtamente ſoll nicht dadurch

---

2) Praeiudicium iſt nach Asconius in Cic. divin. c. 4. res, quae, cum statuta fuerit, affert iudicaturis exemplum, quod sequantur. Vergl. Quinctiliani inst. orat. V. cap. 2. Ueber andere Bedeutungen des Wortes ſiehe Savigny l. c. §. 13—15.

3) L. 54. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 4. C. de ord. iudiciorum. (3. 8.)

4) L. 35. D. de iure fisci. (49. 14.) Die Stelle ſpricht zwar zunächſt nur von einer Erbſchaft, welche von zwei Privaten, von dem einen aber im Namen des Fiscus in Anſpruch genommen wird; allein der für die Entſcheidung hinzugefügte Grund ne publicae causae praeiudicetur iſt allgemein.

5) L. 12. pr. C. de petitione hereditatis. (3. 31.)

6) Cic. de invent. rhet. II. 20. L. 7. §. 1. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 4. D. de publ. iudiciis. (48. 1.) L. 2. §. 1. D. vi bonorum raptorum. (47. 8.) L. 23. §. 9. D. ad legem Corneliam. (9. 2.) L. 3. §. 6. D. de tabulis exhibendis. (43. 5.)

7) L. 104. D. de diversis regulis iuris. (50. 17.)

8) Cic. de invent. rhet. II. 20.

9) L. 12. pr. C. 3. 31.

10) L. 16. D. de exceptionibus. (44. 1.)

11) L. 18. D. 44. 1.

12) L. 3. §. 8 u. 11. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) L. 2. C. de ordine iudiciorum. (3. 8.) L. 24. pr. §. 1—4. D. de lib. causa. (40. 12.) L. 1—7. C. de ordine cognitionum. (7. 19.) L. 31. C. de liberali causa. (7. 16.) L. 10. C. de iniuriis. (9. 35.) L. 6. D. si quis ingenuus esse dicatur. (40. 14.) L. 42. pr. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.)

präjudicirt werden, daß Jemand als Erbe zuerſt eine einzelne Sache vindiciren wollte[13]); oder wenn Jemand auf den Grund eines Teſtamentes eine einzelne Sache oder die im Teſtamente ertheilte Freiheit fordert, während die Giltigkeit des Teſtamentes ſelbſt in Frage kommen ſoll[14]); endlich geht die Erbſchaftsklage der Erbtheilungsklage vor, wenn der beklagte Beſitzer leugnet, daß der Kläger Miterbe ſei[15]), was nur als eine Folge des allgemeinen Grundſatzes gelten kann, daß nichts geſchehen dürfe, was für die Erbſchaftsklage eine Vorentſcheidung herbeiführen könne[16]). Dieſe Grundſätze, welche zur Zeit der claſſiſchen Juriſten bereits feſtſtanden, ſind auch nach der Aufhebung des Formularprozeſſes noch in Giltigkeit verblieben. Indeß war die Anwendung dieſer Regeln im concreten Falle mannigfachen Schwierigkeiten und Bedenklichkeiten unterworfen; namentlich war man ſchon von Alters her dazu geneigt, die auf Schadenerſatz gerichtete, alſo nicht vorzugsweiſe das Delict ſelbſt rügende Civilklage vor der Criminalklage zur Entſcheidung kommen zu laſſen[17]), bis zuletzt Gratian den Grundſatz ſelbſt, daß gerade die Criminalſache zuerſt zu erörtern ſei, faſt ganz aufgehoben hat, mit Ausnahme des iudicium de moribus, welches vor der peinlichen Anklage wegen Ehebruches angeſtellt dieſe nach den Regeln der Klagenconſumtion unmöglich macht[18]): eine Verfügung, welche mit Ausſchluß der gedachten Ausnahme auch in den Juſtinianiſchen Codex als geltendes Recht aufgenommen worden iſt[19]). Auch iſt der Grundſatz, daß der hereditatis petitio durch keine andere Klage präjudicirt werden dürfe, durch eine Conſtitution Juſtinian's gewiſſermaßen modificirt worden, indem zunächſt für Klagen wegen teſtamentariſcher Vermächtniſſe, wenn der Erbſchaftsbeſitzer die Erbſchaftsklage bereits ſuſcipirt oder wenigſtens zu fürchten hat, es bei dem Alten gelaſſen wird, weil der teſtamentariſche Erbe durch die Cautionen hinlänglich gedeckt ſei[20]); eben ſo wenig perſönliche Klagen aus Leih-, Niederlegungs- und Pfandcontracten des Verſtorbenen in Rückſicht auf die bevorſtehende Erbſchaftsklage verſchoben werden ſollen, da es ſpäterhin Sache des Erbſchaftsbeſitzers und des Erbnehmers iſt, ſich in dieſer Beziehung auseinanderzuſetzen[21]); und endlich nur in Bezug auf die im Teſtamente

---

13) L. 13. D. 44. 1.

14) L. 5. §. 2. D. de petitione hereditatis. (5. 3.) L. 7. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 25. §. 17. D. 5. 3. L. 32. §. 10. D. de receptis. (4. 8.) L. 12. C. de petitione hereditatis. (3. 31.)

15) L. 1. §. 1. D. familiae herciscundae. (10. 2.)

16) L. 5. §. 2. D. 5. 3. Caius, inst. IV. §. 133.

17) L. 15. D. de accusationibus. (48. 2.) L. 27. D. de act. rerum amot. (25. 2.) L. 23. pr. D. de fideicommissariis hereditatibus. (40. 5.) L. 7. §. 1. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 4. D. de publ. iudiciis. (48. 1.) L. 2. §. 1. D. vi bon. rapt. (47. 8.) L. un. Th. C. victum civiliter agere et criminaliter posse. (9. 20.)

18) Vergl. Jac. Gothofr. ad L. un. Th. C. 9. 20. ed. Ritter tom. III. p. 184 sq.

19) L. un. Iust. C. quando civilis actio criminali praeiudicet. (9. 31.)

20) L. 12. pr. C. 3. 31.

21) L. 12. §. 1. C. 3. 31.

ertheilten directen und fideicommiſſariſchen Freilaſſungen verordnet wird, daß man auf den Austrag der Erbſchaftsklage nur ein Jahr lang, vom Tode des Erblaſſers an gerechnet, warten ſolle, ſo daß, die Richtigkeit des Teſtamentes vorausgeſetzt, die directen Freilaſſungen nach dem Ablauf dieſer Zeit aus Begünſtigung der Freiheit ſofort in Wirkung treten, die fideicommiſſariſchen aber von da an giltiger Weiſe erzwungen werden können[22]), gleichviel, welchen Ausgang die bereits während jener Zeitfriſt angeſtellte oder noch künftig zu fürchtende Erbſchaftsklage nehmen wird. In allen den Fällen nun, wo der Beklagte aus der früheren Entſcheidung einer der concurrirenden Rechtsſachen einen Nachtheil für die der folgenden präjudicieller Weiſe zu befürchten hatte, ſtand ihm die Präjudicialeinrede zur Seite, um zu verlangen, daß die wichtigere Sache zuerſt entſchieden oder aber aus dem vorliegenden Prozeſſe, was Incidentpunkt iſt, ausgeſondert und in einem beſonderen Verfahren zuvörderſt unterſucht werde. Doch hängt dieß nur von ſeiner Willkür ab; denn, wenn er die Einrede nicht gebraucht, ſo wird der natürliche Gang des Prozeſſes nicht gehemmt, auch die Incidentfrage nur als ſolche, d. h. im Laufe dieſes Prozeſſes unterſucht und entſchieden, und dieß ſelbſt dann, wenn der Prozeßrichter ſeiner beſchränkten Jurisdiction halber nicht gerade über den Gegenſtand, welcher den Incidentpunkt bildet, hätte ein Urtheil fällen dürfen[23]). Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn die Präjudicialſache eine geiſtliche Sache iſt, z. B. eine Eheſache, welche auf die Entſcheidung einer Erbſchaftsſtreitigkeit Einfluß hat; denn dann ſoll ſie nach den Vorſchriften des katholiſchen Kirchenrechtes dem geiſtlichen Richter zur Entſcheidung überlaſſen werden[24]), und der weltliche Richter iſt das bei dem geiſtlichen Gerichte ergangene Urtheil in der Hauptſache zu befolgen ſchuldig[25]): eine Verordnung, deren praktiſche Giltigkeit indeß von manchen Lehrern des proteſtantiſchen Kirchenrechtes in Abrede geſtellt wird[26]). Waren beide Sachen bereits anhängig, ſo fällt die Einrede weg, und es bleibt dem Richter von ſelbſt überlaſſen, den Ausgang der erſteren abzuwarten[27]). — Die Formel, in welcher unſere Einrede concipirt wird, wird von Cicero[28]) in Anwendung auf die quaestio de sicariis ſo angegeben: extra quam in reum capitis praeiudicium fiat;

---

22) L. 12. §. 2. C. 3. 31.

23) L. 1. C. de ord. iudic. (3. 8.) L. 3. C. ibid. Vgl. L. 4. §. 4. D. finium regundorum. (10. 1.) Auch das Kirchenrecht beſtätigt dieſe Grundſätze, falls bei einem geiſtlichen Gerichte eine Civilſache als Incidentpunkt einer geiſtlichen vorkommt. Vergl. cap. 2. X. de coni. serv. (4. 9.) Cap. 1. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.) Cap. 3. X. de donation. inter virum et uxorem. (4. 20.)

24) Cap. 3. X. de ordine cognitionum. (2. 10.) Cap. 5. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

25) Cap. 2. in VI. de exceptionibus. (2. 12.)

26) Vergl. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. 2. §. 27. tom. I. p. 1001.

27) L. 13. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 24. §. 3 u. 4. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 32. §. 10. D. de receptis. (4. 8.)

28) Cic. de inv. rhet. II. 20.

bei den claſſiſchen Juriſten lautet ſie etwas verſchieden, in Anwendung auf die Erbſchaftsklage, quod praeiudicium hereditati non fiat [29]), oder vollſtändiger si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat [30]), in Rückſicht der Eigenthumsklage quod praeiudicium praedio non fiat [31]), oder quod praeiudicium fundo partive eius non fiat [32]). Dieſe Verſchiedenheit erklärt ſich einfach aus der bei Cajus [33]) ſich vorfindenden Nachricht, daß die Einrede im früheren Rechte eine zu Gunſten des Beklagten ſtattfindende praescriptio geweſen und mit den Worten ea res agatur si praeiudicium hereditati non fiat concipirt worden ſei; zugleich bezeugt derſelbe Schriftſteller, daß zu ſeinen Zeiten dieſe Präſcription abgekommen und als Exception behandelt wurde. Nach dieſen Bemerkungen über die Exceptionsformel ſteht es wohl nicht füglich zu bezweifeln, daß unſere Einrede von den römiſchen Juriſten als eine exceptio rei cohaerens angeſehen worden iſt, wenn ſchon die Juſtinianiſchen Rechtsquellen dieß nicht ausdrücklich berichten, und daß, wer von derſelben Gebrauch machte auch den Beweis derſelben zu führen hatte. Dieſer Beweis mußte aber nicht allein darauf gerichtet werden, daß ein anderer Prozeß über dieſelbe Frage für den Beklagten zu fürchten war, und daß dieſer als eine causa maior im oben erörterten Sinne angeſehen werden mußte, ſondern auch darauf, daß durch den Einfluß, welchen die Urtheilsſprechung im jetzigen Prozeſſe auf die Entſcheidung des folgenden haben dürfte, für den Beklagten ein Schade zu erwarten ſtand.

In denjenigen Fällen, wo die Einrede wegen eines Präjudicialpunktes im vorliegenden Prozeſſe gebraucht wird, hat ſie viel Aehnlichkeit mit der exceptio deficientis legitimationis ad causam, weßhalb beide Einreden auch von Vielen für identiſch erklärt werden. Gleichwohl iſt der Unterſchied beider Rechtsmittel nicht zu verkennen. Denn durch die exceptio praeiudicialis erregt der Beklagte dem Kläger über jenen Incidentpunkt einen neuen ſelbſtſtändigen Prozeß, deſſen ausſchließender Inhalt derſelbe wird. Er beſtreitet ihm ſein Erbrecht, ſein Eigenthum, ſeinen Status, und hierüber muß nun als über eine ſelbſtſtändige Sache förmlich verhandelt und durch ein beſonderes Urtheil entſchieden werden. Dann erſt kann von der zweiten Sache die Rede ſein. Die Legitimation zur Sache hingegen kann häufig gar nicht Gegenſtand eines ſelbſtſtändigen Prozeſſes ſein, und wo ſie es auch ſein könnte, wird ſie wenigſtens nicht durch die Vorſchützung der exceptio deficientis legitimationis dazu gemacht; ſie bleibt Incidentpunkt dieſer Sache, der aber vor allen übrigen Punkten unterſucht und interlocutoriſch entſchieden werden ſoll. Freilich iſt er immer ein Präjudicialpunkt, d. h. eine Thatſache, von der die ganze Sache abhängt. Allein deren vorläufige Entſcheidung hat das römiſche Recht nirgends geboten und konnte es in der That nicht gebieten, da der Begriff ganz

---

29) Ulpian in L. 13. D. 44. 1. u. L. 25. §. 17. D. de hereditatis petitione. (5. 3.)
30) L. 1. §. 1. D. familiae herciscundae. (10. 2.)
31) L. 16. D. 44. 1.
32) L. 18. D. 44. 1.
33) Inst. IV. §. 133.

ſchwankend iſt, oder doch jede Thatſache des Klagegrundes mit gleichem Rechte präjudiciell genannt werden und deßhalb auf denſelben Vorzug Anſpruch machen könnte.

Exceptio procuratoria heißt im römiſchen Prozeſſe die Einrede, welche dem Kläger entgegengeſetzt wird, wenn derſelbe eine zur Stellvertretung unfähige Perſon zu ſeinem Procurator behufs der Führung eines Prozeſſes ernannt hat, oder ſelbſt des Rechtes ermangelt, einen ſolchen zu ernennen [1]), oder der ernannte Procurator ſeines Auftrages halber ſich nicht gehörig legitimirt [2]). Sie kommt nicht allein bei Actionen und Interdicten, ſondern auch bei prätoriſchen Stipulationen vor [3]). Für die Geſchichte dieſer Exception ſteht ſo viel feſt, daß ſie zu den Ciceronianiſchen Zeiten noch nicht vorkommen konnte, weil damals Stellvertretung im Prozeſſe nur durch Cognitoren zuläſſig war [4]), und die Procuratoren nur als allgemeine Geſchäftsführer der Abweſenden erſchienen, welche wenigſtens noch nicht zu einem beſtimmten Prozeß beauftragt waren [5]). Im erſten Jahrhundert nach Chriſtus war das Prozeſſiren durch Procuratoren bereits eine gewöhnliche Sache, und Quinctilian gedenkt der exceptiones procuratoriae an mehr als Einem Orte [6]). Wer als Procurator von Seiten des Klägers in den Prozeß eintrat, nahm die Intention aus der Perſon ſeines Machtgebers her und ſtellte die Condemnation auf ſich [7]), und dieß iſt der Grund, warum durch die Litisconteſtation, welche die Formula feſtſtellte, das Dispoſitionsrecht über den Prozeß des ſogenannten dominium litis auf ihn überging. — Die Gründe, aus welchen Jemandem unterſagt wird, die Procuratur zu übernehmen, ſind dem Edicte des Prätors entnommen, und den Gründen, welche Jemand hindern, Cognitor zu ſein, analog [8]). Nach dem claſſiſchen Pandektenrechte gehörten dahin alle die, welche mit der Infamie behaftet waren [9]), was freilich in dem Juſtinianiſchen Rechte aufgehört hat, da Juſtinian erklärt, daß procuratoriae exceptiones aus dieſem Grunde bereits durch die Praxis abgekommen ſeien, und dieſelben deßhalb auch in der Theorie aufgehoben wiſſen will [10]), aber vom Kirchenrechte wieder her-

---

1) L. 2. §. 4. D. de except. (44. 1.) L. 6. D. de novi operis nuntiatione. (39. 1.) §. 11. J. de exceptionibus. (4. 13.) L. 19. §. 2. D. de probat. (22. 3.) L. 29. §. 4. D. mandati. (17. 1.) L. 39. §. 3. D. de damno infecto. (39. 2.)

2) L. 62. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 23. D. ratam rem. (46. 8.)

3) L. 39. §. 3. D. 39. 2.

4) Cic. pro Roscio comoedo c. 11 u. 18.

5) Cic. pro Caecina 20. Vgl. Ed. Huschke, excurs. ad Cic. pro Tullio cap. 17. in Analecta litteraria p. 283 sq.

6) Quinctil. instit. orat. IV. 4. §. 6, VII. 1. §. 19 u. 20.

7) Caius, inst. II. §. 39, IV. 55. 86. Theoph. paraphr. inst. IV. 10. §. 2. ed. Reitz tom. II. p. 863. L. 9. C. de procuratoribus. (2. 13.)

8) Vat. fr. §. 322, 323.

9) Vat. fr. §. 324. Paulli sent. rec. I. 2. §. 1. L. 1. §. 5 u. 8. D. de postulando. (3. 1.) §. 11. J. de exceptionibus. (4. 13.)

10) §. 11. J. 4. 13. Vgl. dazu Schrader p. 717, und Marezoll, über die bürgerliche Ehre, S. 215—217.

geſtellt worden iſt[11]); ferner Soldaten[12]), außer wenn ſie zu Procuratoren zum eigenen Vortheil beſtellt wurden[13]), oder um Sachen ihres Regimentes auszuführen[14]), oder endlich, wenn ſie in einem Freiheitsprozeſſe für nahverwandte Perſonen interveniren[15]), was zunächſt in Rückſicht auf das Gemeinwohl angeordnet worden iſt[16]), und daher auch nicht unter ausdrücklicher Einwilligung des Gegners abgeändert werden kann, es müßte denn die Vorſchützung der procuratoria exceptio zur Zeit der litis contestatio aus irgend einem Grunde unterlaſſen worden ſein[17]); auch Sclaven konnten nicht Procuratoren ſein[18]), und, wenn ſie freigelaſſen wurden, um Procuratoren ihrer Herren zu werden, mußten ſie wenigſtens das 17. Jahr zurückgelegt haben[19]). Ueberhaupt können Minderjährige nach römiſchem Rechte erſt, wenn ſie das ſiebzehnte Jahr vollendet und das achtzehnte angefangen haben, für Andere vor Gericht auftreten[20]), während das Kirchenrecht dieſe Fähigkeit allen Minderjährigen entzieht[21]); auch Blinden und Tauben iſt es unterſagt vor dem Prätor zu erſcheinen[22]); Frauen konnten zwar in ihren eigenen Angelegenheiten unbeſchränkt vor dem Magiſtrate auftreten[23]), allein in fremden Angelegenheiten nicht Procuraturen übernehmen[24]), da man dieß als ein den Männern reſervirtes Recht betrachtete[25]) und annahm, daß es gegen das den Frauen inwohnende ſittliche Gefühl (pudicitia sexui congruens) ſtreite, wenn ſie ſich in fremde Prozeſſe miſchten[26]). Nur dann wurde ihnen ausnahmsweiſe geſtattet fremde Anſprüche im Gerichte geltend zu machen, wenn ſie ein mandatum in rem suam erhielten[27]); oder für ihre Eltern, wenn dieſe nicht ſelbſt im Stande ſind ihre Angelegenheiten zu beſorgen, weil ſie durch Alter oder Krankheit daran verhindert werden, auch ſich ſonſt

---

11) C. 1. u. 2. caus. III. qu. 7.

12) L. 8. §. 2. D. de procurat. (3. 3.) L. 54. pr. D. ibid. L. 7. 9. u. 13. C. 2. 13. L. 5. C. de cond. ob causam datorum. (4. 6.) L. 31. C. de locato. (4. 65.) Die ihnen entgegenſtehende procuratoria exceptio heißt in L. 13. C. 2. 13. praescriptio militiae. Vergl. §. 11. J. de exception. (4. 13.)

13) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 9. C. 2. 13. In eignen Sachen können ſie gerichtlich auftreten. L. 9. C. 2. 13. L. 8. §. 2. D. 3. 3. §. 11. J. 4. 13.

14) L. 8. §. 2. D. 3. 3.

15) L. 3. §. 1. D. de liberali causa. (40. 12.)

16) L. 7. C. 2. 13.

17) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.

18) L. 6. C. de iudiciis. (3. 1.)

19) §. 5. J. quibus ex causis manumittere non licet. (1. 6.) L. 13. D. de manumissis vindicta. (40. 1.)

20) §. 7. J. 1. 6. L. 1. §. 3. D. de postulando. (3. 1.)

21) Cap. 5. §. 2. in VI. de procuratoribus. (1. 19.)

22) L. 1. §. 3 u. 4. D. 3. 1.

23) Paulli sent. rec. I. 2. §. 2. L. 1. §. 5. D. 3. 1. L. 4. C. 2. 13.

24) L. 2. D. 50. 17. L. 54. D. 3. 3. L. 4. u. 18. C. 2. 13. L. 1. §. 5. D. 3. 1. §. ult. J. 4. 13.

25) L. 2. D. de reg. iuris. (50. 17.) L. 1. §. 5. D. 3. 1. L. 18. D. 50. 17.

26) L. 1. §. 4. D. 3. 1.

27) Paulli sent. rec. I. 2. 2. L. 4. C. 2. 13.

Niemand ihrer annimmt, und beides durch eine vorhergehende Cognition als richtig befunden wird[28]); oder in Prozeſſen für die Freiheit ihrer Kinder, Eltern, Brüder oder auch ihres Mannes, wenn ſonſt Niemand vorhanden iſt, welcher dieß Geſchäft übernehmen will[29]); oder für ihre Kinder, wenn ſie gegen ein denſelben nachtheiliges Urtheil Appellation einlegen wollen[30]). Geiſtliche können ſowohl nach römiſchem[31]) als nach dem Kirchenrechte[32]) nicht Procuratoren ſein. Von Mönchen iſt das Gleiche zweifelsohne anzunehmen[33]). Endlich, wer einer Criminaluntersuchung unterliegt, kann, bevor er ſeine Unſchuld darthut, den Auftrag einen fremden Prozeß zu führen nicht übernehmen[34]). — Auch die Gründe, aus welchen Jemandem unterſagt wird einen Procurator zu beſtellen, ſind dem prätoriſchen Edicte entlehnt[35]) und dem über die Cognitoren nachgebildet[36]). Unfähig waren nach dem claſſiſchen Pandektenrechte Alle, welche im eigenen Namen kein Klagerecht haben[37]), nach dem vorjuſtinianiſchen Rechte Alle, welche mit der Infamie behaftet waren[38]), ſchon deßhalb, weil es für einen Ehrenvorzug galt durch Procuratoren Prozeſſe erheben zu dürfen[39]), für welchen Fall Juſtinian freilich die ſonſt zuſtehenden procuratoriae exceptiones aufgehoben hat; auch Pupillen und Minderjährige, außer unter Beitritt ihres Vormundes[40]); Vormünder in Sachen ihrer Mündel, wenn ſie die Procuratoren in eigener Perſon beſtellen[41]); Taube und Stumme, wenn ſie den Auftrag nicht auf irgend eine verſtändliche Weiſe zu ertheilen vermögen[42]); Raſende und Wahnwitzige, weil ihnen der Gebrauch ihres Verſtandes fehlt; gerichtlich erklärte Verſchwender, weil ſie der Dispoſitionsfähigkeit über ihre eigenen Rechte ermangeln; Hauskinder können in eigenen Sachen nur dann Procuratoren beſtellen, wenn ihr Vater abweſend iſt und des Vaters Procurator die Sache nicht übernehmen will[43]); in Betreff ihres Sondergutes freilich ſteht ihnen eine ausgedehntere Befugniß Procuratoren zu beſtellen zu, nämlich inſoweit überhaupt ihr Dispoſitionsrecht über Klagerechte reicht; Frauen endlich durften zwar nach römiſchem Rechte, wie ſie wollten, Procuratoren ernennen, allein heutzutage ſind ſie an den Orten, wo die Geſchlechtscuratel eingeführt iſt,

---

28) L. 41. D. 3. 3.
29) L. 3. §. 2. D. de liberali causa. (40. 12.)
30) L. 1. §. 1. D. de appellationibus recipiendis vel non. (49. 5.)
31) Nov. 123. cap. 6.
32) Cap. 2. u. 4. X. ne clerici vel monachi saecularibus. (3. 50.)
33) Nov. 123. cap. 6. Cap. 1. 3. 4. X. 3. 50.
34) L. 6. C. 2. 13.
35) L. 43. §. 1. D. de procuratoribus. (3. 3.)
36) Vat. fr. §. 322, 323.
37) L. 8. pr. D. 3. 3. L. 17. §. 20. D. de iniuriis et fam. lib. (47. 10.)
38) §. 11. J. 4. 13. Theoph. ibid. ed. Reitz tom. II. p. 883 u. 884.
39) L. 11. C. de iniuriis. (9. 35.)
40) L. 11. C. 2. 13.
41) L. 11. C. 2. 13.
42) L. 43. pr. D. 3. 3.
43) L. 8. pr. D. 3. 3.

dabei an die Einwilligung ihres Vormundes gebunden. Wurde ein crimen publici iudicii im Accuſationsprozeſſe geltend gemacht, ſo war von Seiten des Klägers ein Procurator unzuläſſig [44]), und es galt nur als ein Vorrecht der illustres, daß ſie, ihre Frauen und Kinder im Injurienprozeß zur Anſtellung der Criminalklage einen Procurator beſtellen konnten [45]). — In den römiſchen Rechtsquellen werden die procuratoriae exceptiones als dilatoriſche Einreden behandelt [46]), folglich mußten ſie bereits vor der Litiscontestation vorgebracht werden, ſonſt kamen ſie in Wegfall [47]), da ſie nicht auf dem Wege der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nachgebracht werden konnten. Daß, wer ſich einer ſolchen Einrede bediente, auch den Beweis derſelben führen mußte [48]), einerlei, ob dieſelbe ſich auf die perſönliche Unfähigkeit des Procurators oder auf die ſeines Machtgebers ſtützte, iſt den allgemeinen Grundſätzen über Exceptionen angemeſſen. War die Einrede nicht vorgeſchützt worden, ſo war der Beklagte ſeit der Litisconteſtation unwiderruflich an den Procurator des Klägers gebunden [49]). Daß ſie auch im heutigen Rechte noch vorkommen, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen; am meiſten werden ſie da von Einfluß ſein, wo es ſich um Abhilfe eines Mangels in der Legitimation handelt [50]), was im Fall mehrere zur Führung des Prozeſſes beauftragt ſind, namentlich dann vorkommen kann, wenn die zweite Bevollmächtigung ſpäter geſchah als die erſte, wo dann der Auftrag des erſten Procurators als widerrufen erſcheint [51]), oder von mehreren in solidum zu gleicher Zeit beſtellten Procuratoren der Eine den Auftrag auszuführen bereits angefangen hat, wodurch alsdann die anderen dazu ebenfalls beſtellten Procuratoren ausgeſchloſſen werden [52]), oder aber der Eine als Subſtitut des Anderen erſcheint, wo dann natürlich der Subſtituirte erſt dann eintreten kann, wenn der Inſtituirte ſtirbt oder ſonſt behindert iſt den Auftrag zu vollführen [53]). In dieſer Beziehung ſind die exceptiones procuratoriae im gemeinen teutſchen Prozeſſe zur exceptio deficientis legitimationis geworden, welche vom Gegner zu jeder Zeit im Prozeſſe angebracht werden kann. Auch kann der Richter unaufgefordert auf Berichtigung des Legitimationspunktes dringen, da es ſeine Pflicht iſt Nullitäten vorzubeugen [54]).

---

44) L. 13. §. 1. D. de publicis iudiciis. (48. 1.)
45) L. 11. C. 9. 35.
46) §. 11. J. 4. 13.
47) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.
48) L. 19. §. 2. D. de probationibus et praesumtionibus. (22. 3.)
49) L. 8. §. 2. D. 3. 3. L. 13. C. 2. 13.
50) L. 62. D. 3. 3. L. 23. D. 46. 8.
51) L. 31. §. 1 u. 2. D. 3. 3. Cap. 14. X. de procuratoribus. (1. 38.)
52) L. 32. D. 3. 3.
53) J. R. A. v. 1654, §. 100.
54) Martin, Lehrbuch des gem. teutſchen Civilprozeſſes, §. 74. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (2. Ausg.), S. 157.

Exceptio rei in iudicium deductae [1]) heißt im vorjuſtinianiſchen Rechte die zerſtörliche Einrede, womit die in der Litisconteſtation liegende Novation in den Fällen, wo durch dieſelbe das Klagerecht nicht direct (ipso iure) aufgehoben wurde, ſondern auch nach der Litisconteſtation ſelbſtſtändig fortbeſtand, geltend gemacht wurde zum Zwecke der Abweiſung einer neuen Klage, welche zwiſchen denſelben Parteien daſſelbe Rechtsverhältniß, über welches die Litisconteſtation eingegangen worden, zur Sprache brachte. Es iſt nämlich ein Grundſatz des claſſiſchen Pandektenrechtes, daß jede Litisconteſtation das Rechtsverhältniß, welches die Grundlage der Klage bildet, auf directem Wege (ipso iure), oder auf indirectem Wege (per exceptionem) zerſtört und im gleichen Augenblicke eine neue Obligation erzeugt, welche an die Stelle der zerſtörten tritt und ihren Stoff der Hauptſache nach in ſich enthält, ſich aber von derſelben dadurch unterſcheidet, daß ihr Inhalt ſich auf die Verbindlichkeit des Beklagten bezieht, über das in iudicium deducirte Recht ein Urtheil fällen zu laſſen [2]). Eine directe und unmittelbare Zerſtörung des alten Rechtsverhältniſſes trat nur bei den iudicia legitima ein, welche eine in personam actio mit einer intentio in ius concepta enthielten. Auf dieſen Fall bezieht ſich das alte Rechtsſprüchwort: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere [3]), und von einer Nachklage konnte hier eben ſo wenig, als bei den Legisactionen die Rede ſein [4]); daher es hier auch in keiner Rückſicht unſerer Exception bedurfte. Eine indirecte und nur mittelbare Zerſtörung des alten Rechtsverhältniſſes trat bei den iudicia, quae imperio continentur ein, und in den iudicia legitima, wenn eine in rem actio angeſtellt war, oder eine in personam actio mit einer formula in factum concepta. Hier wird durch die Litisconteſtation nicht gerade die Grundlage der Actio, das Rechtsverhältniß, ſelbſt aufgehoben, ſondern dieſes dauert im rechtlichen Sinne fort und läßt daher die Erneuerung der Klage zu [5]). Man muß ſich dieß ſo denken, als ſei durch die Litisconteſtation auch hier eine neue obligatio condemnari oportere entſtanden, die aber nicht die alte Actio verſchlang, ſondern unabhängig von ihr fortbeſtand. Zwar wird dieſelbe nirgends namentlich erwähnt, aber die Analogie der res iudicata führt uns nothwendig zu dieſer Annahme, indem auch aus dem Urtheile in allen Arten von Fällen eine obligatio iudicatum facere oportere mit der actio iudicati entſpringt. Da nun aber auch in dieſen Fällen dem endlichen Erfolge nach die ſpäter angeſtellte Klage unwirkſam ſein ſollte, ſo ward dieß durch eine exceptio bewerkſtelligt, in welcher der Prätor den Judex inſtruirte, ſelbſt dann, wenn er den in der Actio benannten

---

1) Literatur: Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 82—126.

2) Caius, inst. III. §. 180, 181, IV. §. 106—108. Vat. fr. §. 263. L. 29. D. de novationibus et delegationibus. (46. 2.)

3) Caius, inst. III. §. 180.

4) Caius, inst. III. §. 181, IV. §. 107.

5) Caius, inst. III. §. 181, IV. §. 106 u. 107.

Klaggrund richtig finden ſollte, ausnahmsweiſe doch nicht zu condemniren, wenn es ſich zeigt, daß über dieſelbe Actio ſchon früher einmal ein Prozeß bis zur Litisconteſtation geführt worden ſei. Dieſes iſt die exceptio rei in iudicium deductae. Darauf deutet nicht allein der Name derſelben, da in iudicium deducere in dem Sprachgebrauche der claſſiſchen Juriſten ſo viel heißt, als die Sache zum Gegenſtande eines iudicium machen, vor den Judex bringen, und namentlich auf den Inhalt der Intention bezogen wird, ſondern auch der in den beiden Hauptſtellen [6]), welche der Exception Erwähnung thun, vorkommende Parallelismus zwiſchen den beiden zerſtörenden Wirkungen, welche die Litisconteſtation und das Urtheil in der einen Claſſe von Fällen auf directe Weiſe haben, auf der einen Seite, und den beiden exceptiones, rei in iudicium deductae und rei iudicatae als Organen einer der Grundidee nach gleichen indirecten Wirkung, die in der zweiten Claſſe von Fällen eintritt, auf der anderen Seite. Zugleich ergibt ſich, daß die beiden zuletzt genannten Einreden in den Fällen, wo ipso iure die urſprüngliche Klage ſtehen blieb, eine gleiche Sphäre hatten und nur dem Gegenſtande nach verſchieden waren, indem die zuerſt genannte Einrede dazu beſtimmt war, die Wirkung der Litisconteſtation geltend zu machen; die zuletzt erwähnte Exception hingegen den Zweck hatte, die zerſtörende Wirkung des Urtheiles im concreten Falle geltend zu machen. Und ſo ſtellt ſich dann für das vorjuſtinianiſche Recht von ſelbſt die Regel heraus, daß die Conſumtion durch Prozeß von dem Augenblicke der Litisconteſtation bis zu dem des Urtheiles einzig durch die exceptio rei in iudicium deductae, nachher aber nur durch die exceptio rei iudicatae geltend gemacht werden konnte. In den Juſtinianiſchen Rechtsquellen wird die exceptio rei in iudicium deductae nicht mehr erwähnt, wenn ſchon ſich manche Stellen der Pandektenjuriſten [7]) darauf zu beziehen ſcheinen. Wahrſcheinlich haben verſchiedene Gründe dazu beigetragen dieſe Einrede unpraktiſch zu machen, theils der Untergang des ordo iudiciorum, theils der geringe Gebrauch, welchen man von derſelben ſelbſt zur Zeit der claſſiſchen Juriſten machen konnte, endlich kommt namentlich hier der Umſtand in Betracht, daß dieſelbe durch die größere Ausdehnung, welche man der exceptio rei iudicatae ſpäterhin zugeſtand, im Gebrauche verdrängt und von derſelben gewiſſermaßen verſchlungen worden iſt.

Exceptio rei iudicatae [1]) iſt die zerſtörliche Einrede, womit der Inhalt eines bereits gefällten Urtheiles, wenn das Rechtsverhältniß, über welche es gefällt worden, unter denſelben Perſonen wiederum auf dem Wege der Klage zur Sprache gebracht wird, zum Zweck der Abweiſung der neuen Klage geltend gemacht wird. Die Bedingungen, an welche

---

6) Caius, inst. III. §. 180, 181, IV. §. 106, 107.

7) Z. B. L. 5. D. 44. 2.

1) Literatur: Hübbe, de exceptione rei iudicatae. Jenae 1827. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil nach claſſiſchem römiſchen Rechte, S. 239—410.

dieſe Einrede geknüpft wird, ſind folgende: 1) es muß ein bereits gefälltes Urtheil vorliegen[2]). Fragt man, ob die Einrede auch aus condemnatoriſchen Urtheilen entſtehe, oder nur auf abſolutoriſche gegründet zu werden vermöge, ſo ſcheint es richtiger, ſich für die zuerſt genannte Meinung zu entſcheiden, wenn ſchon der zuletzt genannte Fall der gewöhnlichere geweſen ſein mag, auch von Theophilus[3]) bei der Erörterung des Weſens der Einrede ſpeciell berührt wird. Denn, daß dieſelbe auch auf condemnatoriſche Urtheile gegründet werden könne, ergibt ſich aus den Zeugniſſen der Pandektenjuriſten des Cajus, Ulpianus und Marcellus[4]), und dieß iſt namentlich da immer der Fall, wo die Einrede in den römiſchen Rechtsquellen dem ehemaligen Kläger zugeſchrieben wird. Streitig iſt es, ob auch noch der Fall zur Begründung der Einrede für tauglich erachtet werden könne, wo der Prozeß durch den iussus iudicis beendigt wird, wie dieß in den arbitrariae actiones geſchah[5]). Doch ſcheint nach der richtigeren Anſicht dieſer Fall gar nicht hierher zu gehören, da ja in demſelben der Prozeß nicht unmittelbar durch den iussus iudicis beendet ward, ſondern vielmehr erſt durch die Befolgung deſſelben von Seiten des Beklagten und die auf dieſe Thatſache gegründete Abſolution. 2) Es darf das vorliegende Urtheil das in ius deducirte Klagrecht, über welches es gefällt worden iſt, nicht ipso iure aufgehoben haben. Dieſes Erforderniß ergibt ſich aus der Natur der Exceptionen, welche bekanntlich nur im Nothfalle verwilligt wurden, aber im Falle der ipso iure aufgehobenen Klage als unnütze ſich darſtellten. Aus dieſem Umſtande ergibt ſich zugleich, daß in den früheren Zeiten die Anwendbarkeit der Exception beſchränkter war, als ſie nach der Darſtellung der Juſtinianiſchen Rechtsquellen erſcheint. In den legitima iudicia nämlich wirkte das richterliche Urtheil noch zu Cajus[6]) Zeiten eine völlige Aufhebung des durch die Litisconteſtation bereits novirten Klagrechtes, und es war demnach hier für unſere Einrede überall nicht Raum. Nur bei den in rem actiones, ingleichen den in factum conceptae formulae, und endlich in den iudicia, quae imperio continentur, blieb das frühere Klagrecht auch nach der Litisconteſtation und dem gefällten Urtheile ipso iure beſtehen, und deßhalb konnte nur in einem von dieſen Fällen die Einrede des gefällten Urtheiles ſtattfinden. Im Juſtinianiſchen Rechte, wo der Unterſchied der legitima iudicia und quae imperio continentur verſchwunden iſt, erſcheint unſere Einrede als das allgemeine Rechtsmittel, ein früheres Urtheil gegen die Nachklage geltend zu machen. 3) Das Object, welches durch die neu angeſtellte Klage einge-

---

2) L. 6. D. de exc. rei iud. (44. 2.) Theoph. ad. §. 5. J. de except. (4. 13.) ed. Reitz tom. II. p. 879.

3) L. c. tom. II. p. 879.

4) L. 15. D. 44. 2. L. 19. D. ibid. L. 30. §. 1. D. ibid. Vergl. Keller a. a. O. S. 223—229.

5) Vgl. Hübbe l. c. p. 53.

6) Caius, inst. III. §. 180, 181, IV. §. 106—108. Vgl. Keller a. a. O. S. 204 flg.

fordert wird, muß mit dem der bereits abgeurtheilten Klage identiſch ſein[7]). Doch iſt dieſe Identität nicht ſo ſtrenge zu nehmen, daß dadurch jede Veränderung des Stoffes, oder jede Verringerung der Quantität ausgeſchloſſen würde[8]). Bei Complexen von mehreren verſchiedenen Sachen, welche mit Einem Namen bezeichnet werden (den ſogenannten universitates facti), kommt demnach die Zahl der Einzelſtücken gar nicht weiter in Betracht[9]). In theilbaren Sachen gelten die Theile, aus welchen ſie beſtehen, für identiſch mit dem Ganzen, falls ſie Gegenſtand einer beſonderen Klage geworden ſind[10]), und es kommt dabei weiter gar nicht in Frage, ob eine reelle oder ideelle Theilung im concreten Falle vorliegt. 4) Der Rechtsgrund, welcher der bereits abgeurtheilten Klage zu Grunde lag, muß mit dem, auf welchen die neue baſirt wird, identiſch ſein[11]). Es ergibt ſich dieſes Erforderniß ſchon aus der Lehre von der prozeſſualiſchen Conſumtion, deren Gegenſtand hier nicht ſowohl die formelle Klage, ſondern das derſelben zu Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß in ſeiner modificirten Natur eines Klagerechtes iſt. Als äußeres, formelles Kennzeichen, wornach man in jedem einzelnen Falle gleichſam ſinnlich wahrnehmen kann, was gerade in das Judicium deducirt worden iſt, erſcheint der Inhalt der Intention. Dabei kommt es aber nicht weiter in Betracht, ob die ſpäter angeſtellte Klage mit der früheren dem Namen nach identiſch iſt oder nicht[12]), und in den Fällen, wo aus demſelben Grunde Klage und Einrede zuſtehen, ſteht die exceptio rei iudicatae auch dann der angeſtellten Klage entgegen, wenn daſſelbe Rechtsverhältniß ſchon früher in einem anderen Prozeſſe auf dem Wege der Exception geltend gemacht und abgeurtheilt worden iſt[13]). Damit iſt indeß noch keineswegs im Allgemeinen geſagt, daß das fragliche Rechtsverhältniß in beiden Prozeſſen auch immer aus demſelben Entſtehungsgrunde abgeleitet ſein müſſe. Bei den Klagen, welche aus Obligationsverhältniſſen entſpringen, iſt freilich die Identität des Entſtehungsgrundes des Rechtsverhältniſſes erforderlich, wie ſich ſchon aus dem Weſen der Forderungen hinreichend ergibt. Denn jedes obligatoriſche Verhältniß wird durch ſeinen Entſtehungsgrund individualiſirt[14]), daher auch derſelbe entweder in der Intention ausdrücklich angegeben oder wenigſtens darin auf die in einem anderen Theile der Klagformel enthaltene Angabe deſſelben verwieſen wird. Bei dinglichen Klagen hingegen bedarf es dieſer Identität ſchon

---

7) L. 3. 5. u. 14. pr. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.) L. 21. D. ibid. Vgl. Keller a. a. O. S. 260 flg.

8) L. 14. pr. D. 44. 2.

9) L. 21. §. 1. D. 44. 2.

10) L. 3. L. 7. L. 21. §. 2. L. 22. §. 3. D. 44. 2.

11) L. 3. L. 7. §. 4. L. 14. pr. §. 2. L. 27. D. 44. 2. Vgl. Keller a. a. O. S. 285—287.

12) L. 7. §. 4. D. 44. 2. L. 25. §. 1. D. ibid. L. 34. §. 1. D. de obligat. et act. (44. 7.)

13) L. 7. §. 1. D. de compensat. (16. 2.)

14) L. 14. pr. §. 2. D. 44. 2. L. 27. D. ibid. L. 18. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 93. §. 1. D. de leg. III. (32.) L. 28. §. 3. D. de lib. leg. (33. 3.)

deßhalb nicht, weil dingliche Rechte nicht durch ihren Entſtehungsgrund individualiſirt werden, daher auch in den Formeln der in rem actiones in der Regel nichts von dem Entſtehungsgrunde erwähnt [15]), und das der Klage zu Grunde liegende Recht in ſeiner Allgemeinheit und nicht blos in Beziehung auf den Entſtehungsgrund, aus welchem der Kläger daſſelbe ableitet, in Judicium deducirt wird. Zwar kann dieß vom Kläger nach der gewöhnlichen Meinung dadurch vermieden werden, daß er ſich von Anfang an auf einen beſtimmten Entſtehungsgrund ſeines Rechtes beruft und dieſen in die Formel aufnehmen läßt, ſo daß nun der Gegenſtand der Unterſuchung, welcher den Inhalt der Intention, ſomit gerade das ausmacht, was in Judicium deducirt wird, durch die Formel ſelbſt ſpecialiſirt erſcheint [16]). Und dann würde, wie man auch gewöhnlich annimmt, die Identität des Entſtehungsgrundes auch bei dinglichen Klagen mit expressa causa als eine nothwendige Bedingung für die Vorſchützung der exceptio rei iudicatae gelten müſſen. Allein die Zeugniſſe der römiſchen Rechtsquellen [17]), auf welche man dieſe angebliche Ausnahme ſtützt, ſcheinen nach der richtigeren, von Puchta [18]) aufgeſtellten Erklärung dieſe Annahme nicht zu unterſtützen; auch hat derſelbe Gelehrte aus der Geſchichte der Vindicationen bewieſen, daß dergleichen Reſervationen in den in rem actiones den Römern zu allen Zeiten fremd waren; endlich dürfte das ſogenannte praktiſche Bedürfniß, welches man zur Unterſtützung der gewöhnlichen Meinung hat geltend machen wollen, nicht erheblich genug erſcheinen, um jene Ausnahme zu begründen. Jedenfalls verſteht es ſich aber von ſelbſt, daß, wenn der Kläger ſich auf einen Entſtehungsgrund ſeines Rechtes beruft, welcher in eine ſpätere Zeit fällt, als das frühere Urtheil, die fragliche Exception ausgeſchloſſen bleibt, ohngeachtet dieſer Grund mit dem in der früheren Klage angegebenen identiſch iſt, da ja durch den Prozeß nur das Recht conſumirt werden kann, welches exiſtirt, nicht aber das, welches erſt ſpäter entſtanden iſt [19]).

5) Der Rechtsgrund, welcher der früher angebrachten Klage zu Grunde lag, muß in derſelben von dem Richter im Prozeſſe wirklich unterſucht und beurtheilt worden ſein. Am deutlichſten tritt dieß Erforderniß bei den dinglichen Klagen hervor, welche in der Perſon des Beklagten Beſitz vorausſetzen, oder wenigſtens als Surrogat des Beſitzes die ficta possessio. Es läßt ſich hier alſo der Fall denken, daß, obgleich das in der Intention angegebene Recht dem Kläger wirklich zuſtände, dieſer dennoch gänzlich abgewieſen würde. Ja, es muß dieß ſogar immer eintreten, wenn

---

15) L. 14. §. 2. D. 44. 2. L. 11. §. 1 u. 5. D. ibid. L. 30. D. ibidem.

16) Vgl. Heffter, über die caussa adiecta seu expressa bei Vindicationen im rhein. Muſ. für Jurisprudenz, Bd. 3, S. 222—238.

17) L. 11. §. 2. D. 44. 2. L. 14. §. 2. D. ibid.

18) Rheiniſches Muſeum, Jahrgang 2, S. 251, und Jahrg. 3, S. 467 — 487.

19) L. 25. pr. D. 44. 2. L. 11. §. 4. L. 21. §. 3. D. ibid. L. 43. §. 9. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) Vergl. Keller a. a. O. S. 292 — 294.

der Beklagte ſich auf das Recht gar nicht einläßt, ſondern ſich blos auf das fehlende Beſitzerforderniß beruft. Erfolgt nun in einem ſolchen Falle dieſes Mangels halber die Abſolution, ſo kann der Beklagte dem Gegner aus dieſem Urtheile dennoch nicht die exceptio rei iudicatae entgegenſetzen, wenn der erſte ſpäterhin den Beſitz erhält und nun der letztere von neuem gegen ihn mit derſelben Klage auftritt [20]). Und ganz eben ſo verhält es ſich unter gleichen Vorausſetzungen auch bei den perſönlichen Klagen, welche an dieſelben Beſitzverhältniſſe gebunden ſind, wie z. B. die actio ad exhibendum [21]). b) Es müſſen in beiden Prozeſſen dieſelben Perſonen ſein, damit die exceptio rei iudicatae ſtattfinden könne [22]). Fragt man nun, in welchen Verhältniſſen müſſen verſchiedene in den beiden Prozeſſen auftretende Perſonen zu einander ſtehen, damit ſie in dieſer Beziehung als eine und dieſelbe Perſon angeſehen werden können, ſo kommen wir hier auf die Lehre von der Conſumtion der Klage, und es läßt ſich nach Anleitung der römiſchen Juriſten [23]) die Frage weit einfacher ſo ſtellen: von wem und gegen wen wird die actio in iudicium deducirt? Fangen wir zunächſt bei der Perſon des Klägers an und fragen wir, wer deducirt in Judicium, ſo iſt die Antwort aus den Grundſätzen über die Repräſentation im Prozeſſe zu ſchöpfen. Zu den Zeiten, wo Cajus ſeine Inſtitutionen [24]) ſchrieb, deducirte nur der Cognitor ins Judicium, nicht aber der Procurator; die exceptio rei iudicatae konnte damals nur dann ſtattfinden, wenn die actio das erſte Mal vom dominus ſelbſt oder von einem Cognitor in ſeinem Namen angeſtellt wurde. Tutoren und Curatoren ſtanden in dieſer Beziehung den Procuratoren ganz gleich. In den Vaticaniſchen Fragmenten [25]) findet ſich eine Reihe von Stellen vor, zum Theil aus den Werken Papinian's, welche zwiſchen dem procurator absentis und praesentis unterſcheiden, und von dieſem die Regel ausſprechen, er ſei cognitoris loco. Zwar bleibt es dabei dem Anſcheine nach immer noch zweifelhaft, ob derſelbe auch darin dem Cognitor gleichſtand, daß er, wie dieſer, in Judicium deducirte; doch fällt es in die Augen, daß die Verfaſſer jener Stellen gerade dieß ſtillſchweigend vorausſetzten, wenn man den daſelbſt aufgeſtellten Satz, daß der procurator praesentis nicht de rato caviren müſſe, mit den Gründen vergleicht, aus welchen Cajus jedem Procurator ohne Unterſchied dieſe Caution auferlegt. Nach den in die Juſtinianiſchen Pandekten auf-

---

20) L. 17. D. 44. 2. L. 9. pr. D. ibid. Vergl. Keller a. a. O. S. 295—298.

21) L. 18. D. 44. 2. L. 8. D. rem ratam. (46. 8.)

22) L. 3. L. 7. §. 4. L. 1. D. 44. 2. L. 2. u. L. 4. C. quibus res iudicata non nocet. (7. 56.) L. 11. §. 3. u. L. 12. D. de iureiurando. (12. 2.) L. 31. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 2. C. de except. (8. 36.)

23) L. 4. u. L. 11. §. 7. D. 44. 2.

24) Caius, inst. IV. §. 97—99. Ueber die ſcheinbar entgegenſtehenden Stellen Juſtinian's L. 7. §. 2. D. de iur. fur. (27. 10.) u. L. 22. §. 8. D. 46. 8. vergl. Keller a. a. O. S. 335—349.

25) Vat. fr. §. 317, 331, 333. Vergl. Keller a. a. O. S. 307—310.

genommenen Stellen Papinian's[26]), Ulpian's[27]) und des Paulus[28]) müſſen wir aber noch viel weiter gehen und behaupten, daß nicht nur der procurator praesentis, ſondern auch jeder wahre Procurator überhaupt, d. h. jeder, welcher die Actio im Auftrage deſſen, dem ſie wirklich zuſteht, anſtellte, ſie zu dieſer Zeit auch wirklich in Iudicium deducirt, ſo daß nachher dem Dominus ſowohl als jedem, der damit in ſeinem Namen wieder auftritt, die exceptio rei iudicatae entgegenſteht. Und noch mehr, es galt in dieſer Beziehung auch die nachfolgende Ratihabition dem eigentlichen Mandate gleich, ſo daß auch die Durchführung der Klage durch einen ganz Unbefugten, wenn nur nachher der Dominus ratihabirte, die Conſumtion und ſomit die exceptio rei iudicatae zur Folge hatte[29]). Dabei verſtand es ſich endlich von ſelbſt, daß nun auch alle diejenigen Perſonen, welche kraft ihres Amtes eine Klage im Namen eines Anderen anſtellten, wie der Tutor, der Curator und actor municipum, eben ſo in Iudicium deducirten[30]). — Zur Beantwortung des anderen Theiles der oben aufgeworfenen Frage, d. h. gegen wen wird im Iudicium deducirt, dient die in einer Pandektenſtelle[31]) aufgeſtellte Regel, daß dießfalls nicht nur dieſelben Perſonen, wie auf Seiten des Klägers, als vollgiltige Repräſentanten des Beklagten anerkannt und mit demſelben als Eine Perſon betrachtet werden, ſondern daß dem Cognitor, Procurator u. ſ. w. auch der bloße Defenſor gleichſteht, welcher ohne allen Auftrag und zwar gleichviel, ob Ratihabition erfolgte oder nicht, den Prozeß anſtatt des eigentlichen Beklagten auf ſich nahm. Auch hat dieß gar nichts Auffallendes, denn der Kläger war durch die satisdatio iudicatum solvi, welche er in jedem Falle eines Stellvertreters von dieſem ſelbſt oder vom eigentlichen Beklagten erhielt, gegen allen möglichen Nachtheil auf das Vollſtändigſte gedeckt[32]), und es wird daher die Uebernahme der Vertheidigung des Beklagten durch einen Dritten in einem gegen den zuerſt genannten erhobenen Prozeſſe geradezu in den Pandekten als ein Liberationsgrund bezeichnet[33]). — Allein auch außer den Repräſentationsverhältniſſen im Prozeſſe geht die Exception activ und paſſiv auf die Univerſalſucceſſoren über, welche in die Rechte der einen von den Parteien eintreten, z. B. auf civilrechtliche und prätoriſche Erben; bonorum emtores und dergl. Singularſucceſſoren erwerben die Exception ebenfalls

26) L. 66. D. de proc. (3. 3.)

27) L. 11. §. 7. D. 44. 2. L. 56. D. de iud. (5. 1.) L. 10. §. 2. u. L. 12. D. de pactis. (2. 14.) L. 27. pr. D. de procurat. (3. 3.) L. 23. D. de administr. et periculo tutorum. (26. 7.)

28) L. 17. §. 2. D. de iureiur. (12. 2.) Gleichzeitig ſind die Reſcripte von Alexander in L. 10. C. de procuratoribus (2. 13.) u. L. 1. C. quibus res iudicata non nocet. (7. 56.)

29) L. 56. D. 5. 1. vergl. mit L. 27. D. 2. 14. L. 10. C. 2. 13.

30) L. 11. §. 7. D. 44. 2. L. 17. §. 2. D. 12. 2. L. 23. D. 26. 7.

31) L. 11. §. 7. D. 44. 2.

32) Caius, inst. IV. §. 101. Vat. fr. §. 317. L. 14. D. qui satisdare cog. (2. 8.) L. 21. §. 3. D. ex quibus causis. (4. 6.)

33) L. 23. D. de solut. (46. 3.) L. 10. §. 1. D. de in rem verso. (15. 2.)

activ und paſſiv, wenn die Veräußerung nach dem erſten Urtheile geſchieht[34]). Ein Satz, welcher namentlich dann von Wichtigkeit wird, wenn die Exception dazu dient, um den poſitiven Inhalt eines gefällten Urtheiles condemnatoriſch geltend zu machen, und auch bei anderen Exceptionen, z. B. bei der exc. pacti[35]) und iurisiurandi[36]) geltend gemacht wird.

Aus den Erforderniſſen unſerer Einrede ergibt ſich von ſelbſt die Wahrheit des Satzes, daß ein zwiſchen beſtimmten Parteien gefälltes Urtheil dritten Perſonen, welche nicht in Identität der Perſon mit jenen ſtehen, weder ſchaden noch nützen könne[37]). Eine Regel, welche die römiſchen Rechtsgelehrten und Kaiſer nicht allein aus der Natur der Sache, ſondern auch aus kaiſerlichen Conſtitutionen herleiten[38]), und die neueren Juriſten bald mit den Worten: res iudicata ius facit inter partes, bald mit dem Axiom: res iudicata tertiis neque nocet neque prodest auszudrücken gewohnt ſind. Nur als eine nothwendige Folge dieſes Rechtsſatzes kann es gelten, wenn eine völlige Unabhängigkeit der Rechtsverhältniſſe und ihrer Verfechtung ſtatuirt wird zwiſchen Miterben[39]) und zwiſchen verſchiedenen Eigenthumsprätendenten, welche ihr Eigenthum nicht Einer von dem Anderen ableiten; und ſelbſt dann, wenn der Dritte von dem ſchwebenden Prozeſſe, deſſen Gegenſtand ihn ſo nahe berührte und deſſen Entſcheidung nothwendig auch die Anſicht des Richters über ſein eignes Recht ausſprechen mußte, gar wohl unterrichtet war, und dennoch ſtille ſchwieg und die eigentlichen Parteien den Streit ohne ſeine Mitwirkung ausfechten ließ, wird der oben erörterte Grundſatz feſtgehalten, außer wenn zwiſchen dem Litiganten, zu deſſen Nachtheil das Urtheil ausgefallen iſt, und dem Dritten ein Verhältniß beſteht, welches dieſen zur directen Theilnahme am Prozeſſe berechtigt und veranlaßt hätte, z. B. wenn der Dritte ſein fragliches Recht von dem einen Litiganten wirklich ableitet, und zu dieſem mithin als zu ſeinem Auctor ſich verhält[40]). Denn läßt ein ſolcher ſeinen Vormann den Streit über das Eigenthum an der fraglichen Sache wiſſentlich ausfechten, ohne ſelbſt daran Theil zu nehmen, ſo ſoll auch ihm nachher die exceptio rei iudicatae opponirt werden dürfen. Ausnahmen von dieſer Regel ſind: 1) wenn zwiſchen dem Inteſtat- und Teſtamentserben über das Erbrecht ein dem letzteren ungünſtiges Urtheil gefällt worden iſt, ſo ſteht dieſes Urtheil auch den Legataren und den im Teſtamente freige-

---

34) L. 9. §. 2. D. 44. 2. L. 11. §. 3. D. ibid. L. 25. §. 8. D. fam. hercisc. (10. 2.) L. 11. §. 9 u. 10. D. 44. 2. L. 28. u. 29. §. 1. D. ibid. L. 3. §. 1. D. 20. 1. Vergl. Keller a. a. O. S. 362—381. Umgekehrt kann die Exception nicht dem Vordermann entgegengeſetzt werden, wenn ſie aus einem gegen den Singularſucceſſor gefälltem Urtheile herrührt. L. 9. §. 2. D. 44. 2.

35) L. 17. §. 5. D. de pactis. (2. 14.) L. 14. §. 3. D. comm. divid. (10. 3.)

36) L. 7. u. 8. D. de iureiur. (12. 2.)

37) L. 63. D. de re iudicata. (42. 1.) Tit. Cod. quibus res indicata non nocet. (7. 56.)

38) L. 63. D. 42. 1. L. 4. C. 7. 56.

39) L. 63. D. 42. 1. L. 5. pr. D. de appell. et relat. (49. 1.)

40) L. 4. §. 2—4. D. 49. 1. L. 63. D. 42. 1.

laſſenen Sclaven entgegen[41]). Doch gilt dieß nur von dem Falle, wenn der Teſtamentserbe nach ordentlich geführtem Prozeſſe unterlag, nicht aber, wenn er ſich durch ein Contumazurtheil oder durch Colluſion mit dem Gegner die Erbſchaft hat abſprechen laſſen[42]). Dabei verſteht es ſich aber von ſelbſt, daß auch die Frage, an wen ſich die Erbſchaftsgläubiger als an ihren Schuldner zu halten haben, ganz nach dem Urtheile über das Erbrecht ſich entſcheidet[43]). 2) Bei Prozeſſen über Status und Familienrechte gilt nach der gewöhnlichen Meinung der Grundſatz, daß das Urtheil des Richters das Rechtsverhältniß der Perſon, über welche es gefällt worden iſt, nicht allein in Bezug auf den jetzigen Gegner im Prozeſſe, ſondern auch in Rückſicht auf jeden Dritten, der nicht im Prozeſſe betheiligt iſt, normire[44]). Indeß bedarf es dabei des beſchränkenden Zuſatzes, daß auch nach dem Ingenuitätsurtheile wenigſtens demjenigen, welcher ſich das Patronat über das fragliche Individuum zuſchreibt, die freie Verfolgung ſeines Rechtes unbenommen bleibt[45]), und daß dem, welcher über ſeinen prätendirten Sclaven den Freiheitsprozeß geführt und ein ungünſtiges Urtheil erhalten hat, die Einrede des gefällten Urtheiles nicht entgegenſteht, wenn er auf eine neue Erwerbung durch Succeſſion geſtützt, denſelben wieder vindicirt, eben ſo wenig, als einem Dritten, welcher Eigenthum an dem Sclaven verfolgen möchte[46]). Ob eine ähnliche Beſchränkung bei Paternität und väterlicher Gewalt eintrat, darüber werden wir zwar nicht ausdrücklich in unſeren Rechtsquellen belehrt, doch läßt ſich auch für dieſe Rechtsverhältniſſe ſolche um ſo unbedenklicher annehmen, als wenigſtens von Seiten des Syſtems kein innerer Grund einer ſolchen Annahme entgegenſteht. 3) Wenn eine actio popularis von Jemandem angeſtellt und ordentlich durchgeführt worden iſt, ſo hat der Beklagte gegen Jeden, der dieſelbe actio ſpäter anſtellt, die Einrede des gefällten Urtheiles[47]). Es erklärt dieſe Ausnahme ſich aus den Anſichten der römiſchen Rechtsgelehrten über die Natur ſolcher Klagen, welche dazu beſtimmt ſind, das Recht des Volkes als Ganzen zu vertheidigen[48]), mithin den Kläger als

---

41) L. 3. pr. D. de pignoribus. (20. 1.) L. 14. pr. u. §. 1. D. 49. 1. L. 50. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 8. §. 16. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 17. §. 1. D. ibid. L. 6. §. 1. D. ibid. Vergl. Keller a. a. O. S. 382—391.

42) L. 17. §. 1. D. 5. 2. L. 50. §. 1. D. 30. L. 14. pr. u. §. 1. D. 49. 1.

43) L. 50. §. 1. D. 30. L. 15. §. 2. D. 5. 2.

44) L. 1. §. 16. L. 2. u. L. 3. pr. D. de agnosc. vel alendis lib. (25. 3.) L. 14. D. de iure patronatus. (37. 14.) L. 25. D. de statu hom. (1. 5.) L. 24. D. de dolo malo. (4. 3.) Ueber L. 29. pr. D. 44. 2., welche Stelle nicht hierher gehört, vergl. die treffliche Exegeſe von Keller a. a. O. S. 399—409.

45) L. 1. u. 5. D. si ingenuus esse dicetur. (40. 14.)

46) L. 42. D. de liberali causa. (40. 12.) L. 10. D. de exceptionibus. (44. 1.)

47) L. 3. pr. D. de popularibus actionibus. (47. 23.) L. 45. §. 1. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 30. §. 3. D. de iureiurando. (12. 2.) L. 3. §. 13. D. de homine libero exhibendo. (43. 29.)

48) L. 1. D. 47. 23. L. 43. §. 2. D. 3. 3. L. 2. §. 2. D. ne quid in loco publico. (43. 8.)

Vertreter des Volkes mit der Befugniß in Judicium zu deduciren erſcheinen laſſen, daher derſelbe in der Regel auch keinen Procurator ernennen kann [49]). 4) Wenn ein partieller Eigenthümer eines Grundſtückes für dieſes eine Realſervitut vindicirt oder umgekehrt, ſo gilt das hierüber gefällte Urtheil auch für und gegen den Miteigenthümer [50]). Der Litigant erſcheint hier nämlich als Repräſentant des Grundſtückes, weil dergleichen dingliche Rechte untheilbar ſind. 5) Wenn zum Nachlaſſe Jemandes, welcher Eviction zu leiſten ſchuldig iſt, mehrere Erben concurriren und ohngeachtet der vorgängigen Denuntiation an alle nur ein Einziger von dieſen Erben den Prozeß geführt hat, ſo gilt das über dieſen Prozeß gefällte Urtheil nicht allein wider, ſondern auch für die der Denunciation ungeachtet ausbleibenden Miterben. Gleichwohl ſcheint es, daß die Pandektenſtelle, auf welche man dieſe Ausnahme ſtützt [51]), gar nicht hierher gehöre, da ſie nicht von unſerer Exception, ſondern von den Bedingungen der Evictionsklage handelt [52]).

Es ergibt ſich aus dem Vorſtehenden, wie bedeutend der Wirkungskreis der Einrede des gefällten Urtheiles nach dem gemeinen Rechte geweſen iſt. Erſt jetzt wird es möglich ſein, einzelne Nachrichten zu würdigen, welche denſelben genauer zu bezeichnen ſcheinen. Nach dem Zeugniſſe des Gordian erſcheint ſie als das zuſtändige Rechtsmittel, um eine Zinſenforderung abzuweiſen, wenn dieſe nur mit der Hauptklage eingetrieben werden konnte, und dieſe des Capitals halber bereits angeſtellt und abgeurtheilt worden iſt [53]). Auch bediente man ſich dieſer Einrede, um bei dem electiven Klagenconcurſe nach der Anſtellung der einen Klage die der concurrirenden unmöglich zu machen [54]). Auch wurden Anſprüche, welche bereits auf dem Wege der Compenſationseinrede geltend gemacht und abgeurtheilt worden waren, vermittelſt der genannten Einrede zurückgewieſen, wenn ſie ſpäterhin auf dem Wege ſelbſtſtändiger Klage geltend gemacht wurden [55]). Endlich erſcheint unſere Einrede als das geeignete Rechtsmittel, um der alten Prozeßregel praktiſche Geltung zu verſchaffen, daß aus einer entgegengeſtellten und bewieſenen dilatoriſchen Einrede eine peremtoriſche entſtehe [56]).

In manchen Fällen kann es zutreffen, daß die Einrede des gefällten Urtheiles begründet iſt, weil alle Erforderniſſe derſelben vorhanden ſind, und es gleichwohl unbillig erſcheint, die Wirkungen derſelben eintreten zu

49) L. 5. D. 47. 23. L. 45. §. 1. D. 3. 3.

50) L. 4. §. 3 u. 4. D. si servitus vindicetur. (8. 5.) L. 19. D. ibid. L. 1. §. 5. D. de arboribus caedendis. (43. 27.)

51) L. 62. §. 1. D. de evictionibus. (21. 2.) Vergl. Merillii Variant. interpret. ex Cuiacio lib. III. cap. 17.

52) L. 1. C. de periculo et commodo rei venditae. (4. 48.) L. 7. u. 8. C. de evictionibus. (8. 45.) Vergl. Keller a. a. O. S. 410.

53) L. 4. C. depositi vel contra. (4. 34.)

54) L. 25. §. 1. D. 44. 2. L. 34. §. 1. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

55) L. 7. §. 1. D. de compensationibus. (16. 2.)

56) Theoph. paraphr. inst. IV. 13. §. 10. ed. Reitz tom. II. p. 881, u. §. 11. p. 884.

laſſen. Dieß kommt vorzüglich dann vor, wenn derjenige, welcher im früheren Prozeſſe verloren hat, ſich auf dieſe Einrede zu berufen befugt iſt [57]). Dann iſt nämlich der Gegner im Prozeſſe berechtigt, die Wirkungen der Einrede durch die Replication: si secundum se iudicatum non sit zu elidiren.

Exceptio rei venditae et traditae [1]) heißt in der Kunſtſprache der Pandektenjuriſten die peremtoriſche Einrede, welche von Seiten des Käufers entgegenſteht, wenn derjenige, welcher aus dem geſchloſſenen Kaufvertrage zur Tradition der Sache verpflichtet iſt, nach der Erfüllung dieſer Verbindlichkeit, dieſelbe mit einer dinglichen Klage in Anſpruch nimmt [2]). Der Urſprung dieſer Exception verliert ſich in das Dunkel des Alterthums. Nach v. Savigny's Vermuthung, welche Michelſen [3]) weiter ausgeführt hat, war ihre urſprüngliche Beſtimmung die, den bonitariſchen Eigenthümer gegen die Realklage des Quiritariſchen Eigenthümers zu ſchützen, wenn dieſer eine res mancipi an jenen verkauft und durch die Tradition nur das bonitariſche Eigenthum an ihn übertragen hatte. Die Gründe, welche für dieſe Anſicht geltend gemacht werden, ſind der Name der Exception, ſo wie er in den römiſchen Rechtsquellen vorkommt, ferner die Verwandtſchaft der Exception mit der Publicianiſchen Klage [4]), und endlich die dingliche Grundlage derſelben. Andere leiten ihren Urſprung aus der Verpflichtung des Verkäufers her, für die Gewähr zu haften, und behaupten, daß, wer eine Veräußerung gelten zu laſſen ſchuldig ſei, dieſelbe nicht ſelbſt anfechten könne, wenn er etwa nachher neue Rechte an der Sache erlangt oder entdeckt oder ſchon vor der Veräußerung gehabt hat [5]). Allein, ſo wenig ſich aus der Savigny'ſchen Hypotheſe die Geſtaltung erklärt, welche die Einrede in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern erhalten hat, ſo unzureichend erſcheint die Grundlage der gewöhnlichen Meinung, da die Einrede auch gegen die, welche nicht für die Gewähr zu haften haben, zuſteht [6]), und zudem die Verpflichtung zur Evictionsleiſtung nicht aus dem Factum der Tradition ſich herſchreibt, ſondern vielmehr mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Tradition eine

---

57) L. 15. u. 16. D. 44. 2. L. 9. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 16. §. 5. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) Vergl. Ribbentrop, comm. ad L. 16. §. 5. D. de pign. et L. 9. §. 1. de exc. r. iud. (Gott. 1824.) p. 55 sq. et Hübbe l. c. p. 82—86.

1) Literatur: Finestres Hermogenianus, p. 901 sq. Weſtphal, vom Kaufe, §. 353 flg. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434—443. Michelsen, diss. inaugur. de exceptione rei venditae et traditae. Berolini 1824, 8.

2) Dig. de exceptione rei venditae et traditae. (21. 3.)

3) Michelsen, diss. laud. p. 23 sq.

4) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.)

5) So Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434.

6) L. 10. D. de distractione pignorum et hypothecarum. (20. 5.) L. 3. §. 1. D. 21. 3.

gemeinſame Grundlage hat [7]). Einfacher ſcheint es, den Urſprung der Einrede auf die natürliche Grundlage des Kaufvertrages, auf die bona fides zurückzuführen, nach welcher der Verkäufer verpflichtet wurde, dem Käufer die Sache ſo zu gewähren, daß er ſie definitiv behalten konnte [8]), wobei es ſich denn auch von ſelbſt verſtand, daß von Seiten des Verkäufers nichts geſchehen durfte, was dieſes definitive Behalten verhindern konnte [9]). Eine Vindication von Seiten des Verkäufers oder deſſen, welcher an ſeine Stelle tritt, war zwar dem ſtrengen Rechte nach nicht unmöglich, da der erſte nicht dazu verpflichtet war, das Eigenthum der Sache an den Käufer zu übertragen [10]); ſie konnte mithin juriſtiſch ſtattfinden; allein es mußte im concreten Falle doch unbillig erſcheinen, wenn der Verkäufer, oder der, welcher ſein Vindicationsrecht von ihm ableitete, die aus dem Kaufvertrage entſtehenden Verpflichtungen nicht erfüllte. Dieſe Unbilligkeit veranlaßte den Prätor hier mit der doli exceptio auszuhelfen [11]); allein da ſich dieſe zunächſt nur auf die Perſon des Verkäufers und deſſen Univerſalſucceſſoren beſchränkte, ſo gewährte man ſpäter eine in factum exceptio [12]), welche durch ihr Heraustreten aus der allgemeinen exceptio doli mali die Natur eines ſelbſtſtändigen Rechtsmittels erhielt, und ſich durch ihren weiteren Umfang weſentlich unterſchied. Die Bedingungen, an welche dieſe Einrede im Pandektenrechte geknüpft iſt, ſind folgende: 1) es muß ein giltiger Kaufvertrag abgeſchloſſen worden ſein [13]). Dabei kommt nichts darauf an, ob er durch Dazwiſchenkunft von Mittelsperſonen oder ohne dieſelben abgeſchloſſen worden iſt, wenn nur im zuerſt genannten Falle der Auftrag nicht überſchritten worden [14]). 2) Der Verkäufer muß die bindende Kraft des Vertrages durch ſeine Thathandlungen anerkannt, und in Folge deſſelben die Tradition der verkauften Sache vorgenommen haben, wie ſchon aus dem Namen der Exception hervorgeht. Späterhin gewährte man die Exception ſchon dann, wenn der Käufer auch ohne vorhergehende Tradition des Verkäufers den Beſitz der gekauften Sache fehlerfrei erhalten hatte, was um ſo leichter geſchehen konnte, da ja der Verkäufer für das definitive Behalten der Sache forthaftete [15]). Die Zahlung des Kaufpreiſes oder Sicherſtellung wegen der Abzahlung iſt überall nicht von nöthen [16]), und wenn in manchen Stellen beides bei Gelegenheit der Exception erwähnt wird, ſo iſt dieſe Erwähnung nur zufällig und als Folge des concreten Falles zu betrach-

---

7) L. 3. pr. D. 19. 1. L. 11. §. 13. D. ibid.
8) L. 30. §. 1. D. 19. 1.
9) L. 11. §. 17. D. 19. 1.
10) L. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione. (18. 1.) L. 30. §. 1. D. 19. 1. L. 1. pr. D. de rerum permutatione. (19. 4.)
11) L. 12. D. 44. 4. L. 4. §. 32. D. ibid. L. 17. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 3. C. de rebus alienis non alienandis. (4. 51.)
12) L. 1. §. 4. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4.
13) L. 1. §. 3. D. 21. 3.
14) L. 1. §. 2 u. 3. D. 21. 3.
15) L. 1. §. 5. D. 21. 3.
16) L. 1. §. 2. D. 21. 3.

ten[17]). 3) Der Beklagte muß Beſitzer der Sache[18]) und 4) die angeſtellte Klage die Eigenthumsklage ſein; denn nur von dieſer ſprechen alle Stellen des Pandektentitels de exceptione rei venditae et traditae. — Die Einrede iſt ihrer Natur nach eine peremtoriſche, und kommt nicht allein dem erſten Käufer zu ſtatten, ſondern auch allen, bei denen es im Intereſſe des erſten Käufers iſt, daß ſie durch die Eigenthumsklage des Verkäufers nicht geſtört werden; ohne Rückſicht darauf, ob ſie Univerſal- oder Singularſucceſſoren ſind, und ob ſie im letzten Falle die Sache von ihrem Gewährsmann tradirt erhalten haben oder nicht[19]). Daher ſie von manchen neueren Rechtsgelehrten geradezu für eine Realexception erklärt wird. Sie ſteht aber nicht allein gegen den Verkäufer zu und gegen deſſen Univerſalſucceſſoren[20]), ſondern auch gegen die Singularſucceſſoren, welche ihr Vindicationsrecht an der Sache von dem Verkäufer ableiten[21]); jedenfalls bleibt aber dem Käufer das Wahlrecht vorbehalten, ob er die Exception gebrauchen und ſo im ruhigen Beſitze der Sache verbleiben, oder aber dieſelbe zurückgeben und ſich ſeiner Anſprüche aus dem Kaufcontracte halber an den Verkäufer halten wolle[22]). Am häufigſten kommt die Einrede dann vor, wenn der Verkäufer früher das Eigenthum der verkauften Sache nicht hatte, und daſſelbe ſpäterhin durch Erbſchaft u. ſ. w. erwirbt[23]), oder wenn der Eigenthümer des verkauften Grundſtückes den Verkäufer deſſelben beerbt[24]). Die neueren Rechtsgelehrten haben, um den Umfang der Exception zu beſtimmen, die Regel aufgeſtellt, daß dem, welcher für die Eviction zu haften habe, auch die Exception entgegengeſtellt werden könne[25]). Allein nicht zu gedenken, daß das Vorkommen der Exception gegen die Singularſucceſſoren des Verkäufers ſich aus dieſer Regel keineswegs erklärt, ſo findet ſie auch gegen den Pfandgläubiger, welcher das Pfand verkauft hat, ſtatt, wenn ſchon derſelbe nicht für die Eviction zu haften hat[26]); daher denn auch die Regel von älteren[27]) und neueren[28]) Juriſten geradezu verworfen worden iſt. In den

---

17) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1.

18) L. 2. D. 21. 3. L. 72. D. 6. 1. L. 4. §. 32. D. 44. 4. Auch ergibt ſich dieß Erforderniß aus der Vorausſetzung der Eigenthumsklage.

19) L. 3. pr. D. 21. 3.

20) L. 3. §. 1. D. 21. 3. L. 1. §. 1. D. ibid.

21) L. 3. §. 1. D. 21. 3. Dahin gehören auch die Fälle L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1.

22) L. 17. u. 18. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 3. C. 4. 51.

23) L. 1. pr. u. L. 2. D. 21. 3. L. 17. D. 21. 2. L. 72. D. 6. 1. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 3. C. 4. 51.

24) L. 1. §. 1. D. 21. 3.

25) Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio rei venditae et traditae, d. h. was Jemand muß gewähren, das kann er nicht entwähren. Noch Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 20, S. 434, anerkennt die Regel.

26) L. 10. D. de distractione pignorum. (20. 5.) L. 11. §. 16. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 1. u. 2. C. creditorem evictionem pignoris non debere. (8. 56.) Vergl. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes, S. 524—528.

27) Vergl. Finestres, comment. ad Hermog. fragm. p. 906.

28) Vergl. die Citate bei Michelsen l. c. §. 5. p. 51 sq.

Juſtinianiſchen Pandekten wird die Einrede zwar hinter der Lehre von der Eviction abgehandelt [29]), allein wohl nicht als ſpecieller Anhang zu dieſer Lehre, ſondern ſie gehört wohl überhaupt zu der Lehre vom Kaufgeſchäfte, welches in den vorhergehenden Pandektenbüchern abgehandelt worden. Vielleicht gibt die Vergleichung der Einrede mit der Publicianiſchen Klage den Schlüſſel zur Erklärung des Realfundamentes unſerer Einrede von klägeriſcher Seite an die Hand. Die Stellen der römiſchen Rechtsquellen [30]), welche dieſe Vergleichung aufſtellen, enthalten folgenden Fall: wenn Jemand mir eine fremde Sache verkauft, in Folge des Contractes dieſelbe tradirt, und mich dadurch nicht zum Eigenthümer, ſondern nur zum Beſitzer der Sache macht, und ſpäterhin den wahren Eigenthümer der Sache beerbt, und in Folge dieſer Beerbung dieſe Sache einem Anderen verkauft und auch tradirt, ſo ſoll nach Julian's und Ulpian's Meinung nur ich, der erſte Käufer, durch den Prätor geſchützt werden können, weil, wenn ich Beſitzer der Sache wäre, ich gegen die Vindication des Verkäufers die vorliegende Exception gebrauchen und, wenn der Verkäufer die Sache beſäße, ich ſie ihm mit der Publicianiſchen Klage abfordern könnte, da die ihm ſonſt zuſtändige exceptio dominii durch die Replication der verkauften und tradirten Sache entkräftet werde. Im vorliegenden Falle wird das Unterliegen des ſpäteren Käufers offenbar aus einem Grundſatze gefolgert, welcher eben ſo bei der Publicianiſchen Klage als bei unſerer Exception einwirken ſoll; gerade bei der Publicianiſchen Klage iſt er auf die Auctorität Julian's hin allgemein angenommen worden [31]); wie nahe liegt alſo nicht die Vermuthung, daß die Ausdehnung unſerer Einrede gegen die Singularſucceſſoren des Verkäufers nur eine Folge der Grundſätze ſei, welche zunächſt bei der Publicianiſchen Klage in Anwendung kamen? — Die Einrede kommt in Wegfall 1) wenn der Verkäufer gleich bei dem Abſchluſſe des Kaufcontractes ſich das Vindicationsrecht auf einen beſtimmten Fall vorbehielt, z. B. wenn der Kaufpreis nicht zur gehörigen Zeit gezahlt ſein würde, oder ſich ein beſſerer Käufer finden ſollte [32]). 2) Wenn die Frau dem Gläubiger ihres Mannes, für den ſie ſich verbürgt hatte, ein Grundſtück verkauft, um damit die Schuld ihres Mannes zu tilgen. Hier wird die ihrer Vindication entgegenſtehende Einrede durch die replicatio SC. Velleiani entkräftet [33]). 3) Wenn der Kauf von einem Procurator des Verkäufers abgeſchloſſen worden iſt, und dieſer die Sache um einen geringeren Preis hingab. In dieſem Falle wird die Vindication des Mandanten nur dann durch die Exception ausgeſchloſſen, wenn ihm zugleich Sicherheit dafür geſtellt wird, daß der durch die Ueberſchreitung des Mandates entſtandene Schaden werde vergütet werden [34]).

---

29) Dig. de evictionibus (21. 2.), de exceptione rei venditae et traditae. (21. 3.)

30) L. 2. D. 21. 3. L. 4. §. 32. D. 44. 4. L. 72. D. 6. 1. Vergl. Michelsen l. c. p. 41—45.

31) L. 9. §. 4. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

32) Arg. L. 1. §. 2. D. 21. 3.

33) L. 32. §. 2. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.)

34) L. 1. §. 3. D. 21. 3. L. 5. §. 3 u. 4. D. mandati. (17. 1.)

Exceptio Senatusconsulti Macedoniani [1]) heißt in der Kunſtſprache der römiſchen Rechtsgelehrten die Einrede, welche dem, welcher einer in der väterlichen Gewalt befindlichen Perſon Geld geborgt hat, entgegengeſtellt wird, um die Abweiſung der Rückforderungsklage zu erzwingen. Dieß Senatusconſult, zu deſſen Abfaſſung das unnatürliche Betragen eines gewiſſen Macedo, welcher, um ſeine Schuldner befriedigen zu können, einen Vatermord beging, Veranlaſſung gegeben hat [2]), ſetzen einige Rechtsgelehrte nach dem Zeugniſſe des Tacitus [3]) unter Kaiſer Claudius, andere nach dem des Suetonius [4]) unter Veſpaſian, während noch andere behaupten, daß Claudius nur verordnet habe, es ſolle nicht gelten, wenn Jemand einer in der väterlichen Gewalt befindlichen Perſon Geld unter der Bedingung geliehen hätte, daſſelbe erſt nach des Vaters Tode wiederzubezahlen, und dem Veſpaſian die größere Feſtſtellung dieſer Grundſätze durch die Abfaſſung des SC. Macedonianum zuſchreiben [5]). Der Inhalt dieſes Geſetzes, ſo wie er in den Juſtinianiſchen Pandekten [6]) dargeſtellt wird, geht dahin, daß Gläubiger, welche den noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Perſonen baar Geld darleihen, ihrer Forderung halber keine Klage haben ſollen, ſelbſt dann nicht, wenn ſie das Geld auch erſt nach des Vaters Tode wieder fordern. Denn ein ſolcher Wucherer ſolle wiſſen, daß ihm keine Liſt, noch Vorwand etwas helfen werde, um ſeine Forderung klagbar zu machen, wenn auch ſein Schuldner nach des Vaters Tode noch ſo viel Vermögen zu erwarten hätte. Von einer Einrede, welche der Rückforderungsklage entgegenſteht, iſt im SC. überall nicht die Rede; allein die Analogie der exceptio SC. Velleiani läßt keinem Zweifel Raum, daß die Entſtehung unſeres Rechtsmittels der Thätigkeit des Prätors, welcher dem SC. praktiſche Bedeutſamkeit zu geben ſuchte, ſeinen Urſprung verdankt. — Die Bedingungen, unter welchen dieſes Rechtsmittel zuſteht, ſind folgende: 1) Der Schuldner muß eine in der väterlichen Gewalt befindliche Perſon ſein. Zwar nennt das SC. nur männliche

---

1) Literatur: Duareni, comm. in tit. 28. lib. IV. Codicis et tit. 6. lib. XIV. Pandectarum ad SC. Macedonianum in opp. p. 983 sq. Reinold, diss. ad SC. Macedonianum in opusc. iurid. a Iuglero editis p. 412 sq. van Wachendorff, diss. de SC. Macedoniano (Trai. ad Rhenum 1730). Alef, diss. de SC. Macedoniano (Heidelbergae 1737), in eiusdem diebus academicis num. XI. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, S. 302—354. Unterholzner, quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des römiſchen Rechtes von den Schuldverhältniſſen mit Berückſichtigung der heutigen Anwendung, Bd. 1, S. 146—153.

2) L. 1. pr. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.) Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 850. Die Meinung derer, welche annehmen, daß ein famöſer Fönerator, Macedo, dem Geſetz Namen und Veranlaſſung gegeben habe, kann gegen ſo klare Zeugniſſe nicht in Betracht kommen. Vergl. Reitzii adnot. ad Theoph. l. c.

3) Tac. ann. XI. 13.

4) Suet. Vespas. cap. 11.

5) So Cramer, D. Vespasianus p. 182. Hübner, disp. ad SC. Macedonianum cap. 3. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, S. 303 — 305.

6) L. 1. pr. D. 14. 6. Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7.

Deſcendenten des erſten Grades (den filius), allein es iſt auch auf Töchter [7]) und Enkel [8]) bezogen worden. Rang und Stand der Deſcendenten ändert daran nichts [9]). 2) Die Schuld muß ein Darlehn an baarem Gelde ſein [10]), gleichviel ob daſſelbe verzinslich oder unverzinslich iſt [11]). Offenbar wollte nämlich der Senat nur die Hauptquelle leichtſinniger Verſchuldung verſtopfen, weiter zu gehen hinderte ihn die Furcht vor bedenklicher Hemmung des Verkehrs. Demnach kann die Verfügung des Senatsbeſchluſſes weder auf den Kauf, noch auf den Tauſch, noch auf den Miethcontract bezogen werden [12]). Auch auf Fidejuſſionen [13]) und Getreidedarlehne [14]) iſt ſie nicht anwendbar, außer wenn dergleichen Geſchäfte geſchloſſen worden ſind, um den Zweck des Geſetzes zu vereiteln [15]). Dahin gehört z. B. wenn man einem filiusfamilias Getreide vorlehnt oder Waaren verkauft, in der Abſicht, daß er ſich durch den Verkauf oder die Verpfändung baares Geld verſchaffe und ſolches als Darlehn gebrauche. Dergleichen verſchleierte Gelddarlehne nennt man contractus mohatrae, was aus dem Spaniſchen kommt und urſprünglich einen ſimulirten Kauf bezeichnet [16]). Freilich muß dann dem, welcher das Geſchäft als Scheingeſchäft anſicht, nach den allgemeinen Regeln des Prozeſſes der Beweis auferlegt werden, daß das Geſchäft nur zum Scheine gebraucht, die wahre Abſicht aber auf ein Gelddarlehn gerichtet geweſen ſei. 3) Die Zahlung des Darlehns muß wirklich erfolgt ſein. Deßhalb bleibt die Einrede des macedonianiſchen SC. dann ausgeſchloſſen, wenn die Schuld urſprünglich nicht aus einem Gelddarlehn herrührt, ſondern durch Novation in eine ſolche verwandelt worden iſt [17]); auch kommt ſie dann in Wegfall, wenn dem Sohne zwar noch während der Dauer der väterlichen Gewalt ein Darlehn verſprochen worden iſt, er aber ſolches erſt zu der Zeit vom Gläubiger erhalten hat, wo er ſchon sui iuris geworden war [18]). 4) Der Schuldner, welcher das Darlehn erhalten hat, darf kein im Kriegsdienſte erworbenes Sondergut beſitzen [19]). Denn, ſo weit ein derartiges Peculium reicht, iſt auch die Einrede des SC. ausgeſchloſſen. Dabei iſt es gleichgiltig, ob das Darlehn in Bezug auf das caſtrenſiſche Sondergut oder ob es ohne ſolche beſondere Beziehung aufgenommen wor-

---

7) L. 9. §. 2. D. 14. 6. Theoph. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851.

8) L. 6. §. 1. C. ad SC. Macedonianum. (4. 28.) L. 14. D. 14. 6. §. 7. J. quod cum eo, qui in aliena. (4. 7.)

9) L. 1. §. 3. D. 14. 6.

10) L. 3. §. 3. D. 14. 6. L. 7. §. 3. D. ibid.

11) L. 7. §. 9. D. 14. 6.

12) L. 3. §. 3. D. 14. 6.

13) L. 7. pr. D. 14. 6.

14) L. 7. §. 3. D. 14. 6.

15) L. 3. §. 3. D. 14. 6. L. 7. pr. u. §. 3. D. ibid.

16) Vergl. Ziegler, diss. de mohatrae contractu (Vit. 1663), §. 29, u. Stryck, de cautelis contractuum sect. II. cap. 1. §. 31.

17) L. 3. C. 4. 28.

18) L. 3. §. 4. u. L. 4. D. 14. 6.

19) L. 1. §. 3. D. 14. 6. L. 2. D. ibid.

den [20]). Gleiche Grundſätze müſſen natürlich auch bei dem quasi castrense peculium gelten. 5) Das Darlehn darf nicht durch das beſondere Bedürfniß des Schuldners gerechtfertigt werden können. Daher fällt die Einrede weg, wenn von ihren Eltern entfernt lebende Studenten zum Behufe ihrer Studien ſo viel Geld als Darlehn aufnehmen, als ihnen der Vater zu ſenden pflegte [21]); wenn der Sohn auf einer Geſandtſchaft begriffen iſt und zur Beſtreitung der Koſten für dieſelbe in der Abweſenheit des Vaters ſoviel Geld aufborgt, als er hoffen kann, daß ihm der Vater dazu gegeben haben würde [22]); und wenn Gelder herbeigeſchafft werden müſſen, um eine Perſon aus der feindlichen Gefangenſchaft loszukaufen, deren wahrſcheinlicher Erbe man iſt, es ſei nun durch Verwandtſchaft oder durch Erbeinſetzung [23]). 6) Das Darlehn muß nicht mit Willen deſſen, welcher den Schuldner in der elterlichen Gewalt hat, aufgenommen [24]), auch nicht von demſelben ſpäterhin genehmigt worden ſein [25]). Eine ſtillſchweigende Genehmigung liegt ſchon darin, daß der Vater vom Darlehn gewußt und nicht widerſprochen hat [26]), oder wenn er den Sohn einem Geſchäfte als Inſtitor vorſetzte, deſſen Betrieb Gelddarlehn erfordert, oder wenn er ihm erlaubte, ein ſolches Geſchäft für Rechnung ſeines Sondergutes zu betreiben [27]). Als hinterher folgende ſtillſchweigende Genehmigung gilt es, wenn der Vater mit der Rückzahlung den Anfang macht [28]), nach Umſtänden auch, wenn er von dem Abſchluß des Darlehns vom Sohne Nachricht erhält und nicht ſofort proteſtirt [29]). 7) Die aufgeborgten Gelder dürfen auch nicht zu dem unmittelbaren Nutzen des Vaters verwendet worden ſein [30]). Dabei iſt es gleichgiltig, ob das Darlehn vom Anfang an unter der Bedingung gegeben wurde, um es zu dieſem Zwecke zu verwenden, oder ob dieſe Bedingung bei der Erborgung nicht gemacht wurde und die Verſion zum Beſten des Vaters erſt auf ſpäteren Entſchlüſſen des Sohnes beruhte [31]).

Die durch das SC. ausgeſprochene Entziehung der Klage des Gläubigers [32]) findet in der Maße ſtatt, daß weder gegen die der väterlichen Gewalt unterworfene Perſon, nicht einmal nach erlangter Selbſtſtändigkeit, noch auch gegen den Vater [33]) eine Klage möglich iſt. Sogar in

---

20) L. 7. §. 1. C. 4. 28.
21) L. 7. §. 13. D. 14. 6. L. 5. C. 4. 28.
22) L. 5. C. 4. 28.
23) Nov. 115. c. 3. §. 13.
24) L. 12. D. 14. 6. L. 2. 4. 7. pr. C. 4. 28.
25) L. 7. pr. C. 4. 28.
26) L. 12. D. 14. 6. L. 16. D. ibid.
27) L. 7. §. 11. D. 14. 6.
28) L. 7. §. 15. D. 14. 6.
29) L. 16. D. 14. 6.
30) L. 7. §. 12. D. 14. 6. L. 7. §. 14. L. 17. D. ibid. L. 2. C. 4. 28. vergl. mit L. 3. §. 9. D. de in rem verso. (15. 3.)
31) L. 7. §. 12. D. 14. 6.
32) L. 1. pr. D. 14. 6. Ne — actio petitioque daretur. Theoph. paraphr. inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 850.
33) L. 7. §. 10. D. 14. 6. L. 6. pr. C. 4. 28. Theoph. paraphr.

Folge eines günſtigen Erkenntniſſes wird die aus dem Senatsbeſchluſſe ſtammende Exception noch gegen die actio iudicati zugelaſſen [34]). Daß dieß Rechtsmittel auch den Erben des Vaters und Sohnes zu Gute kommt [35]), iſt nur eine Folge der allgemeinen Grundſätze von dem Uebergange der Realexceptionen auf die Univerſalſucceſſoren. Auch denen, welche ſich acceſſoriſch für die Abtragung der dem Hausſohne geliehenen Geldſumme verpflichtet haben, wie Fidejuſſoren und Mandatoren, kommt die Einrede zu ſtatten [36]), ausgenommen, wenn dieſe Interceſſoren in der Abſicht zu ſchenken ſich für die Hauptſchuld verbindlich gemacht haben [37]) oder aber die Interceſſion unter Einwilligung des Vaters geſchehen iſt [38]); denn im zuletzt genannten Falle wird angenommen, daß der Vater das ganze Geſchäft genehmigt habe. Ueberhaupt iſt die Interceſſion für eine ſolche Schuld dergeſtalt ungiltig, daß auch nicht einmal nach dem Tode des Sohnes ein Bürge dafür giltig vom Vater beſtellt werden kann [39]). Die Klage bleibt auch dann ausgeſchloſſen, wenn die geliehenen Gelder noch in Natur vorhanden ſind oder der Anleihende durch dieſelben bereichert worden iſt [40]), und ſelbſt in dem Falle, daß es unentſchieden iſt, ob der Anleihende in der väterlichen Gewalt ſteht oder nicht, wird ſo lange keine Klage zugelaſſen, als dieſe Unentſchiedenheit dauert [41]). Dabei verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Verfügung des Senatsbeſchluſſes auch auf die Erben des Gläubigers bezogen wird [42]), ja ſogar dann von Einfluß iſt, wenn die Rückgabe an eine andere Perſon, als die des Gebers erfolgen ſoll [43]). — Es lag im Zwecke des macedonianiſchen SC., den Hausſöhnen die Gelegenheit zur leichtſinnigen Aufnahme von Gelddarlehnen zu entziehen, und um dieſen Zweck zu erreichen, ſuchte es die Gläubiger um das Ihrige zu bringen [44]), gewiſſermaßen zur Strafe ihres Verfahrens. Gleichwohl anerkennen die römiſchen Juriſten in der gegen das SC. eingegangenen Obligation das Daſein einer Verbindlichkeit im natürlichen Sinne [45])

---

inst. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851. Hat die in der väterlichen Gewalt befindliche Perſon als Schiffsführer oder ſonſt als Gewerbeverwalter gedient, ſo ſchützt zwar ſie und den Vater die Einrede; aber gegen den Rheder und den Gewerbehalter ſteht die actio exercitoria und institoria zu. L. 7. §. 11. D. 14. 6.

34) L. 11. D. 14. 6. Selbſt die actio de peculio iſt ausgeſchloſſen. L. 6. pr. C. 4. 28. Theoph. paraphr. IV. 7. §. 7. ed. Reitz tom. II. p. 851.

35) L. 7. §. 10. D. 14. 6.

36) L. 9. §. 3. D. 14. 6. L. 2. D. quae res pignori. (20. 3.) L. 7. §. 1. D. de except. (44. 1.)

37) L. 9. §. 3. D. 14. 6.

38) L. 9. §. 3. D. 14. 6.

39) L. 11. D. de fideiuss. et mand. (46. 1.) L. 18. D. 14. 6.

40) L. 9. §. 2. D. 14. 6.

41) L. 1. §. 1. D. 14. 6.

42) L. 7. §. 6. D. 14. 6.

43) L. 7. §. 7. D. 14. 6.

44) L. 9. §. 4. D. 14. 6. L. 40. pr. D. de cond. indebiti. (12. 6.) L. 19. pr. D. ibid.

45) L. 10. D. 14. 6.

und behaupten conſequenter Weiſe, daß, wenn der Schuldner die Zahlung geleiſtet habe, er das Gezahlte in keiner Weiſe zurückfordern könne, weder mit der condictio indebiti[46]), noch mit der Eigenthumsklage[47]). Zur Compenſation kann indeß dieſe natürliche Verbindlichkeit wohl nicht benutzt werden, da alle Schuldverhältniſſe, welche durch eine entgegenſtehende Einrede unwirkſam gemacht werden können, nach einer allgemeinen Regel ſich als untauglich zur Compenſation herausſtellen[48]).

Ausnahmsweiſe kommt die Einrede des SC. in Wegfall 1) wenn der Darleiher entſchuldbarer Weiſe nicht wußte, daß der Anleihende in der väterlichen Gewalt ſtand[49]). Hat ſich der letztere lügenhafter Weiſe für unabhängig ausgegeben, ſo iſt dieß allein noch kein Grund, den Geber des Darlehns ungeſtraft zu laſſen[50]); vielmehr ſieht man auf das Betragen, die Haltung und die Handlungsweiſe des Anleihers im öffentlichen Leben[51]). Dieß iſt der Grund, warum auch bei den Pächtern der Staatsabgaben die Einrede in Wegfall kommt[52]). 2) Wenn der Empfänger des Darlehns ſpäterhin nach erlangter Selbſtſtändigkeit das Darlehn anerkannt hat, und dieſe Anerkennung wegen eines entſchuldbaren Irrthums nicht für unwirkſam zu achten iſt[53]). Dabei verſteht ſich indeß von ſelbſt, daß eine ſolche Anerkennung nur den Anleihenden ſelbſt bindet, und nicht auch auf den ehemaligen Gewalthaber ausgedehnt werden kann. Eine ſolche Anerkennung kann auch ſtillſchweigend, d. h. durch concludente Handlungen verwirklicht werden, z. B. wenn über die Schuld eine Novation eingegangen[54]), oder ein Conſtitutum abgeſchloſſen[55]), oder ein Theil der Schuld abgetragen[56]), oder das Darlehn verzinſt, oder endlich Bürgen oder Pfänder[57]) dafür beſtellt werden. Im Fall der Pfandbeſtellung kommt freilich die Einrede nur inſoweit in Wegfall, als der Werth des Pfandes reicht. 3) Wenn der Anleiher der Einrede des SC. in giltiger Weiſe entſagt hat, d. h. in den Formen, welche das Civilrecht dafür vorſchreibt, nach erlangter Selbſtſtändigkeit und Eidesmündigkeit. Eidliche Entſagung ohne dieſe Erforderniſſe kann wohl ſchon deßhalb nicht bindend ſein, weil durch den Eid

46) L. 9. §. 4 u. 5. L. 10. D. 14. 6. L. 40. pr. D. 12. 6.

47) L. 26. §. 9. D. 12. 6.

48) L. 14. D. de compens. (16. 2.) Dieſer Meinung iſt auch Unterholzner a. a. O. Th. 1, S. 149. Manche weichen ab wegen L. 6. D. de compensat. (16. 2.) Allein es iſt offenbar, daß dieſes allgemein ſprechende Fragment nach dem Inhalt der zuerſt citirten Stelle beſchränkt werden muß. Als Anhänger der gegentheiligen Meinung iſt beſonders zu nennen Weber, in den Beiträgen zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, S. 53, und Glück a. a. O. Th. 14, S. 312.

49) L. 19. D. 14. 6. L. 3. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 2. C. 4. 28.

50) L. 1. C. 4. 28.

51) L. 3. pr. D. 14. 6. L. 2. C. 4. 28.

52) L. 3. §. 1. D. 14. 6.

53) L. 20. D. 14. 6.

54) L. 2. C. 4. 28.

55) §. 9. J. de actionibus. (4. 6.)

56) L. 7. §. 16. D. 14. 6.

57) L. 9. pr. D. 14. 6.

kein Geſchäft, was an ſich ungiltig iſt, bindend werden kann [58]), auch gerade der Eid, wollte man ihm verbindliche Kraft beilegen, das beſte Mittel ſein würde, um die Verfügung des Geſetzes zu umgehen. 4) Wenn der Geber des Darlehns ein Minderjähriger war und der Empfänger in Folge des Darlehns bereichert worden iſt [59]). Zwar iſt hier der Senatsbeſchluß nicht eigentlich ausgeſchloſſen, aber der Minderjährige hat Anſpruch auf die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. Manche haben dieſe Ausnahme auch auf den Fall ausdehnen wollen, wenn Städte das Capital dem Hausſohne vorgeſtreckt haben. Allein dagegen ſprechen die Zeugniſſe der Pandektenjuriſten [60]).

Manche neuere Rechtsgelehrten haben den heutigen Gebrauch des SC. Macedonianum in Abrede geſtellt oder wenigſtens bezweifelt [61]), allein dieſe Anſicht hat nicht allein keinen giltigen Grund für ſich, ſondern widerlegt ſich auch durch das Zeugniß der bewährteſten Praktiker der neueren Zeit [62]).

Exceptio Senatusconsulti Velleiani [1]) heißt die Einrede, welche eine Frau, welche eine fremde Verbindlichkeit durch Interceſſion auf ſich genommen hat, brauchen kann, um die Klage deſſen, dem ſie ſich deßhalb verbindlich gemacht, abzuweiſen. — Der vellejaniſche Senatsbeſchluß, deſſen Abfaſſung wahrſcheinlich in die Zeiten des Kaiſer Claudius fällt [2]), geht von der Anſicht aus, daß es für Frauenzimmer unſchicklich

---

58) L. 7. §. 16. D. de pactis. (2. 14.) L. 5. §. 1. C. de legibus et constit. princ. (1. 14.) Vgl. cap. 58. de R. I. in VI.

59) L. 11. §. 7. D. de minoribus XXV. annis (4. 4.), vergl. mit L. 34. pr. D. ibid. L. 3. §. 2. D. 14. 6. L. 9. pr. D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.)

60) L. 15. D. 14. 6. L. 6. D. de V. S. (50. 16.)

61) Tuldenus, in commentario ad h. tit. Pand. et Cod. Beyer, delineatio iuris civilis ad Pand. ad h. t. Marckart, de usu Senatusconsulti Macedoniani hodierno in eiusdem exerc. acad. p. 283 sq.

62) Wernher, select. observ. for. tom. II. P. VI. obs. 334. Struben's rechtliche Bedenken, 1. Theil, Bed. 156. Mencken, diss. de usu forensi SC. Macedoniani in Germania. Vitemb. 1751. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 14, S. 355. Unterholzner a. a. O. Th. 1, S. 152, 153.

1) Literatur: le Chassier, diatr. ad SC. Velleianum in eiusdem opp. Paris. 1657. Böhmer, diss. de efficaci mulierum intercessione in eiusdem exercitat. ad Pandectas tom. III. Röslin, Abhandlung von beſonderen weiblichen Rechten, Bd. 2, S. 53 flg. Gercke, commentatio de limitibus SC. Velleiani. Hannov. 1795. Suse, comm. de iure singulari feminae intercedentis, P. 1. Gott. 1803. Malblanc, diss. de renuntiatione beneficiorum ex SC. Velleiano et Authentica: si qua mulier a femina aut uxore minore facta, haud semper valida. Tubingae 1803. Glück, Erläuterung der Pand., Th. 14, S. 433—472; Th. 15, S. 1—54.

2) L. 2. §. 1. D. ad SC. Velleianum (16. 1.) nennt nämlich die Conſuln Marcus Silanus und Velleius Tutor. Nun finden ſich aber gerade dieſe Conſuln für das Jahr 799 d. Stadt, der erſte als Conſul ordinarius, der letzte als suffectus. Vgl. Schultingii iurispr. Anteiustinianea p. 640. Aelter als Claudius kann übrigens das SC. auch wegen des postea in L. 2. §. 1.

ſei, ſich männlichen Geſchäften zu unterziehen, wie es die Intercesſionen ſind; auch fand er es für unbillig, daß Frauen durch ihre Theilnahme an fremden Schulden einen Verluſt ihres Vermögens erleiden ſollten [3]), beſtimmte mithin, daß aus weiblichen Intercesſionen, wie es ſchon vorher in den Gerichten beobachtet worden, keine Klage gegen die intercedirende Frau geſtattet werden ſolle, und empfahl endlich den Magiſtraten, welche über dergleichen Fälle Recht ſprechen würden, dieſe Grundſätze zur Nachachtung [4]). Zwar finden ſich in dem SC. eigentlich nur zwei Intercesſionsformen genannt, nämlich die Verbürgung und der Beitritt als Mitſchuldner zu einem fremden Darlehne, allein der Zuſammenhang des Ganzen ergibt, daß dieß nur beiſpielsweiſe geſchehen ſei. Aus dem Geſagten ergibt ſich zugleich, daß die exceptio SC. in den Worten des Senatusconſultes nicht begründet iſt, wenn ſchon die römiſchen Juriſten und Kaiſer ſo von derſelben ſprechen, als ob ſie durch die Worte begründet wäre [5]).

Die Erforderniſſe, welche vorhanden ſein müſſen, um die Zuſtändigkeit dieſes Rechtsmittels zu begründen, ſind im Einzelnen folgende: 1) Es muß eine wahre Intercesſion vorliegen [6]), d. h. eine Handlung, wodurch Jemand die ſchon vorhandene oder künftige Verbindlichkeit eines Andern zu deſſen Vortheil übernimmt, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen zur Uebernahme derſelben verbindlich zu ſein, ohne Unterſchied ob es eine privative oder eine cumulative Intervention iſt. Mithin gehört dahin nicht allein der Fall der Delegation, Expromisſion, der Vertheidigung des Beklagten vor Gericht, und das Eintreten in einen Schuldcontract als Selbſtſchuldner, welchen ein Dritter mit dem Gläubiger ſchließen wollte, ſondern auch der Fall der Bürgſchaft, des Creditauftrages, des constitutum debiti alieni, der Verpfändung eigener Sachen für Andere, der Beitritt zu einem fremden Contracte als correus debendi und die Eingehung des Compromiſſes über eine fremde, zweifelhafte Sache. Als Intercesſion kann es dagegen nicht gelten, wenn man Jemandem bloß für eine, ihm vielleicht nachtheilige Handlung Entſchädigung zu leiſten verſpricht [7]); wenn man für eine fremde Schuld ſofort Zahlung leiſtet, ſei es in baarem Gelde, oder durch Delegation eines Schuldners [8]), oder wenn man dem Schuldner das Pfand zurück-

---

D. ibid. nicht ſein. Dieſer Grund ſpricht namentlich gegen Heineccius (antiquit. Rom. synt. III. 21. §. 12), welcher nach einer, nicht einmal mit dem Obigen übereinſtimmenden Inſchrift bei Gruteri inscript. p. CCCCLXX. nr. 1. das SC. in das Jahr 763 d. St. ſetzt.

3) L. 2. §. 1—3. D. 16. 1. L. 1. §. 1. D. ibid.

4) L. 2. §. 1. D. 16. 1.

5) L. 8. C. 4. 29.: Propter exceptionem, quae ex SC. Velleiano descendit. Vergl. L. 25. §. 1. D. 16. 1. L. 8. §. 2. D. ibid. L. 16. pr. u. L. 21. pr. D. ibid. In anderen Stellen heißt ſie auxilium Senatusconsulti, z. B. in L. 26. D. 16. 1.

6) L. 1. pr. D. 16. 1. L. 2. §. 4. D. ibid. L. 29. §. 1. D. ibid. Paulli sent. rec. II. 11. §. 1. vergl. mit L. 2. 4. C. 4. 29.

7) L. 8. §. 1. D. 16. 1. L. 19. pr. D. ibid.

8) L. 5. D. 16. 1. L. 4. u. 9. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)

gibt [9]), wenn Jemand den Andern von den für ihn ſelbſt contrahirten Verbindlichkeiten befreit, oder wenn Jemand Schuldner des Andern iſt und von ſeinem Gläubiger angewieſen wird, die Schuld an einen Dritten zu bezahlen [10]), oder wenn man bei der Antretung einer Erbſchaft oder bei einem Kaufe die auf der Erbſchaft oder auf der gekauften Sache ruhenden Schulden übernimmt [11]). 2) Es muß eine Frau die fremde Verbindlichkeit übernommen haben. Es erſcheint nämlich die Verfügung des Senatsbeſchluſſes als eine beſondere Rechtswohlthat der Frauen ohne Unterſchied des Alters [12]). Man ging dabei von der Anſicht aus, daß Frauen der ihnen eigenen natürlichen Nachgiebigkeit halber leichter zu Interceſſionen, deren Ausgang ſie nicht leicht überſehen können, als zu Schenkungen bewogen werden können [13]), und geſtattete ihnen daher im zuerſt genannten Falle die Exception, um den Schaden von ſich abzuwenden, während man im zuletzt genannten Falle die Einrede verweigerte. 3) Die Interceſſion muß in der vom Geſetze ausdrücklich vorgeſchriebenen Form gemacht worden ſein. Eine Verordnung Juſtinian's verfügt in dieſer Beziehung, daß eine ſolche Interceſſion nur in einer öffentlichen oder von drei Zeugen unterzeichneten Urkunde (nach der Kunſtſprache der heutigen Juriſten in einem instrumentum publicum oder quasi publicum) giltiger Weiſe geſchehen könne [14]). Iſt dieſe Form nicht beobachtet, ſo ſoll die ganze Interceſſion als nicht geſchehen betrachtet werden in der Maße, daß die Beklagte nicht einmal die Einrede des SC. vorzuſchützen nöthig habe. Wenn aber manche neuere Juriſten [15]) im Fall der Contravention der Frau, welche intercedirt hat, die exceptio nullitatis geſtatten, ſo beruht dieß nur auf einer falſchen Auffaſſung des römiſchen Begriffes exceptio.

Die Einrede des vellejaniſchen SC. gehört zu den Realeinreden, ſie geht mithin auch auf die Erben der Frau über [16]), eben ſo wie auf ihre Bürgen ſelbſt dann, wenn ſie ohne Auftrag der Intercedentin für ſie von freien Stücken gut geſagt haben [17]). Selbſt die von der Frau zur Zahlung deſſen, was den Inhalt der Interceſſionsverbindlichkeit ausmacht, delegirte Perſon kann, wenn ſie der Delegantin nichts ſchuldet, von der Einrede des Senatsbeſchluſſes für ſich Gebrauch machen [18]). Sie gehört

9) L. 8. pr. D. 16. 1.

10) L. 24. pr. D. 16. 1. L. 2. C. 4. 29.

11) L. 13. pr. D. 16. 1. L. 32. pr. D. ibid.

12) L. 1. pr. u. §. 1. D. 16. 1. L. 2. §. 2 u. 3. D. ibid. Paulli sent. rec. II. 11. §. 1. Vergl. Röslin, von beſonderen weiblichen Rechten, Bd. 2, S. 65.

13) L. 4. §. 1. D. 16. 1. L. 21. §. 1. D. ibid. vergl. mit L. 1. §. 1. L. 2. §. 2 u. 3. D. 16. 1.

14) L. 23. §. 2. C. 4. 29.

15) Vergl. Weſtphal, Rechtsgutachten, Bd. 1, S. 83. Schwankend iſt Glück a. a. O. Th. 14, S. 459.

16) L. 20. C. 4. 29.

17) L. 14. C. 4. 29. L. 8. §. 4. D. ibid. L. 16. §. 1. D. ibid. Vergl. Glück a. a. O. Th. 15, S. 53.

18) L. 8. §. 4. D. 16. 1.

zu den ſogenannten privilegirten Einreden und kann daher nach erfolgter Verurtheilung auch noch gegen die actio iudicati und die Execution vorgeſchützt werden [19]). Manche neuere Rechtsgelehrten haben zwar dieß Privilegium beſtritten nach der Tendenz des J. R. A. [20]), wornach was dilatorie und peremtorie einzuwenden iſt, gleich Alles auf ein Mal und zwar in der erſten Verhandlung bei Strafe der Präcluſion vorgebracht werden ſoll. Allein es iſt nach den Regeln der juriſtiſchen Hermeneutik wohl nicht anzunehmen, daß ein neues, ſelbſt unbeſchränkt allgemeines Geſetz die in älteren Geſetzen gemachten Ausnahmen aufhebe. Manche gehen noch weiter und behaupten, daß die Einrede, auch wenn ſie nicht ausdrücklich vorgeſchützt worden, doch vom Richter vermöge ſeiner amtlichen Wirkſamkeit ſupplirt werden dürfe. Allein dieſe Anſicht ſtreitet eines Theils mit den Zeugniſſen der Pandektenjuriſten [21]), anderen Theils widerſpricht ſie der im heutigen Prozeſſe herrſchenden Maxime, daß reine Einreden nie vom Richter ſupplirt werden dürfen [22]). Nach dem neueren Rechte wird indeß der Richter in einem Falle angewieſen, auch ohne ausdrückliche Vorſchützung der Exception die Klage gegen die Frau von Amtswegen zu verwerfen, nämlich wenn die Ehefrau für ihren Ehemann intercedirt hat. Es beruht dieß auf einer Verfügung Juſtinian's in Novelle 134, Cap. 8, deren Inhalt als Authentica si qua mulier zu L. 22. C. ad SC. Velleianum (4. 29.) nachgetragen worden iſt. Iſt ſie Mitſchuldnerin des Mannes geworden, ſo hat nach dieſer Verordnung der Gläubiger zu beweiſen, daß ſie es, ſo weit er ſie in Anſpruch nimmt, auch wirklich geworden, der Gegenſtand alſo, durch den die Schuld contrahirt wurde, in ihr Vermögen gekommen ſei [23]). Hat die Intercedentin es unterlaſſen, von der ihr zuſtändigen Exception gegen die Klage aus der Interceſſion geltend zu machen und den Betrag der Interceſſionsſumme gezahlt, ſo ſteht ihr, falls ſie es nicht ſchenkungsweiſe gethan, die Rückforderung des Gezahlten mit der indebiti condictio zu [24]). Doch kann ſie auch, wenn ſie will, die geſchehene Zahlung gelten laſſen und dann, wie jeder andere Intercedent, mit der actio mandati ihren Regreß an den Schuldner nehmen [25]). Zuweilen kann auch ohne vorhergehende Zahlung die Condiction ſofort gegen den Hauptgläubiger auf Befreiung von der Schuld gerichtet werden, ſelbſt in den Fällen, wo ſie die Einrede nicht gebrauchen konnte [26]). Dieß ſtimmt um ſo mehr zu dem übrigen Inhalte des Senatsbeſchluſſes, da er weibliche Interceſſionen überhaupt als wirkungs-

19) L. 11. D. 14. 6.
20) J. R. A. §. 37.
21) L. 11. D. 14. 6.
22) Vergl. Gönner, Handbuch des gemeinen Prozeſſes, Bd. 1, Nr. 10, §. 13.
23) L. 23. §. 2. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)
24) L. 9. C. 4. 29. vergl. mit L. 40. pr. D. de condict. indebiti. (12. 6.) L. 8. §. 3. D. 16. 1.
25) L. 31. D. 16. 1.
26) L. 8. §. 2. D. 16. 1.

los darſtellt und man demgemäß der Intercedentin, wenn ſie für die fremde Schuld ein Pfand hingegeben, die Vindication des Pfandes geſtattet [27]), und, wenn ſie dem Gläubiger zur Bezahlung der Schuld eine Sache verkauft oder übergeben hat, auch die Vindication dieſer Sache zuſagt, in der Maße, daß, wenn ihr der Käufer die exceptio rei venditae et traditae entgegenſetzt, dieſelbe durch die Replication entkräftet werden kann, daß der Verkauf gegen das SC. geſchloſſen worden [28]).

Fragen wir nach der Wirkung der Exception, ſo iſt es im Allgemeinen dieſelbe, welche auch bei den übrigen Exceptionen eintritt. Allein, da bei Interceſſionen ſtets mehrere Perſonen concurriren, ſo wird es von Nöthen, auch die Rechtsſätze zu erörtern, nach welchen die Hauptſchuld, für welche die Interceſſion geſchehen iſt, in Folge des Senatsbeſchluſſes beurtheilt werden muß. Zwei Rückſichten ſind es, welche hier namentlich hervorgehoben werden müſſen, nämlich das Verhältniß des Gläubigers zu dem Hauptſchuldner, für welchen die Frau intercedirt hat, und das des Gläubigers zu den Mitintercedenten der Frau. Was das erſtgenannte Verhältniß anbetrifft, ſo wird dem Gläubiger gegen den alten Schuldner ſeine alte Klage wiederhergeſtellt, wenn durch die Interceſſion eine vorhandene Verbindlichkeit aufgehoben worden iſt. Dieſes Wiedergeben wird durch die Ertheilung der actio utilis effectuirt [29]), und daher heißt ſie auch restitutoria actio [30]) oder rescissoria [31]). Sie gilt als actio rei persecutoria, geht daher activ und paſſiv auf die Erben über [32]), und unterſcheidet ſich von anderen prätoriſchen Reſtitutionsklagen darin, daß ſie nicht die kurze Dauer hat, welche ſonſt jenen Rechtsmitteln eigen iſt, ſondern als perpetua angeſehen wird [33]), es müßte denn die alte Klage eine Temporalklage geweſen ſein, in welchem Falle natürlich die Reſtitution die Zeitgrenzen der alten Klage nicht überſchreiten kann [34]). Gleichgiltig iſt es, ob der Gläubiger weiß, ob die Intercedentin ihn bezahlen werde oder nicht [35]); ja ſie findet ſogar dann ſtatt, wenn er ihr die Interceſſionsſchuld erlaſſen hat [36]) oder ihr Erbe geworden iſt [37]). Nur für den Fall fällt ſie weg, daß die Intercedentin definitiv bezahlt hat, d. h. ohne daß Rückforderung des Gezahlten möglich iſt [38]), oder der Gläubiger ſchon durch ein anderes Rechtsmittel gegen den alten Schuldner gedeckt iſt [39]). Wenn aber die Interceſſion

---

27) L. 32. §. 1. D. 16. 1.
28) L. 32. §. 2. D. 16. 1.
29) L. 8. §. 8. D. 16. 1. vergl. mit L. 8. §. 13. D. ibid. und L. 24. §. 3. D. ibid.
30) L. 8. §. 9, 12, 13. D. 16. 1. L. 13. §. 2. D. ibid.
31) L. 16. C. 4. 29.
32) L. 10. D. 16. 1.
33) L. 10. D. 16. 1.
34) L. 24. §. 3. D. 16. 1.
35) L. 13. §. 2. D. 16. 1. L. 24. §. 2. D. ibid.
36) L. 8. §. 9. D. 16. 1.
37) L. 8. §. 10. D. 16. 1.
38) L. 8. §. 10. D. 16. 1.
39) L. 8. §. 8. D. 16. 1.

einen Dritten, welcher den Contract, in den die Intercedentin als Selbſtſchuldnerin trat, ſchließen wollte, von einer künftigen Verbindlichkeit befreite, ſo wird dem Gläubiger die Klage aus dem Geſchäfte gegen den Dritten geſtattet, vorausgeſetzt indeß, daß der Dritte die Verbindlichkeit, welche er contrahiren wollte, giltig habe eingehen können [40]). Von einer Reſtitution der Klage kann der Sachverhältniſſe halber hier nicht die Rede ſein, da eine Klage in der That nicht verloren worden iſt; daher ſie die neueren Rechtsgelehrten institutoria actio nennen nach einem Ausſpruche Ulpian's [41]), welcher hier den Ausdruck restituere actionem als unſtatthaft verwirft. Den zweiten, oben genannten Fall betreffend, d. h. die Verhältniſſe des Hauptſchuldners zu den Mitintercedenten der Frau, ſo iſt zu unterſcheiden, ob die Interceſſion in der Form der Solidarobligationen geſchah oder nicht. Im erſten Falle fällt die Frau ganz aus, und der mitintercedirende Mann haftet für die ganze Interceſſionsverbindlichkeit ſolidariſch [42]), da er gewußt hat oder hätte wiſſen können, daß Frauen eine ſolche Verbindlichkeit nicht übernehmen können. Geſchah aber die Interceſſion verſchiedener Perſonen für eine und dieſelbe Schuld nur nach ausdrücklich beſtimmten Kopftheilen, ſo haftet der Mann bei dem Ausfall der Mitintercedentin nur für ſeinen Theil; wegen des von der Frau übernommenen Theiles aber muß ſich der Gläubiger an den Schuldner halten, und entweder mit der directen Klage oder, wenn die Interceſſion privativ war, mit der ausgedehnten (reſtituirten) Klage klagen [43]). Eine derartige Theilung der Obligation wird ſchon dann vermuthet, wenn eine Frau ſich mit einem Manne zugleich correaliſch im Darlehn verbindlich gemacht hat. Denn hier haftet ſie für ihren Antheil als Selbſtſchuldnerin; wird ſie aber auf den Reſt belangt, ſo ſteht ihr die Exception des SC. zur Seite. Nur, wenn durch die Anleihe ein Schaden von der Frau abgewendet worden, haftet ſie für das Ganze [44]).

In folgenden Fällen ceſſirt die Einrede des SC. 1) wenn die Schuld, für welche ſie intercedirt hat, durch Beerbung des Hauptſchuldners ihre eigene geworden iſt [45]). 2) Wenn der Intercedentin durch das Interceſſionsgeſchäft ein Vortheil zugekommen iſt, überhaupt ſoweit ihr Vermögen durch die übernommene Verbindlichkeit und ihre Erfüllung nicht vermindert wird [46]), z. B. wenn das Geld, für deſſen Wiederbezahlung ſie dem Gläubiger bürgte, zu ihrem Nutzen verwendet worden iſt [47]), oder wenn ſie das Geld zur Befriedigung des Gläubigers vom Schuldner empfangen hat [48]), oder wenn ſie dem Schuldner, für welchen ſie

40) L. 8. §. 15. D. 16. 1.

41) L. 8. §. 14. D. 16. 1.: Datur in te actio, quae instituit magis, quam restituit obligationem.

42) L. 48. pr. D. de fideiuss. (46. 1.)

43) L. 8. C. 4. 29.

44) L. 17. §. 2. D. 16. 1.

45) L. 95. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 8. §. 13. D. 16. 1.

46) L. 16. pr. D. 16. 1. L. 21. pr. L. 22. D. ibid.

47) L. 21. pr. D. 16. 1.

48) L. 16. pr. L. 22. D. ibid.

intercedirte, eine eben ſo große oder noch größere Summe ſchuldig und deßhalb durch andere Rechtsmittel gedeckt iſt [49]). 3) Wenn die Intercedentin eine der Größe der übernommenen Gefahr angemeſſene Belohnung erhalten hat, ohne Unterſchied ob dieß gleich bei dem Acte der Interceſſion oder nachher geſchehen iſt [50]). Die Größe der Belohnung ſelbſt hat der Richter nach ſeinem Ermeſſen zu beurtheilen. In dieſem Falle bedarf es auch nicht einmal der ſchriftlichen Abfaſſung der Interceſſion zum Beſtande derſelben. Eine beſondere Vorſchrift Juſtinian's iſt es, daß, wenn die Frau in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterſchriebenen Inſtrumente bekennt, daß ſie für die Leiſtung der Interceſſion etwas empfangen habe, dieſe Urkunde vollſtändig gegen ſie beweiſt und jeden Gegenbeweis ausſchließt. Iſt dieſe Form nicht beobachtet, ſo ſteht es dem Gläubiger frei, zum Beweiſe jener Thatſache ſich auch jedes anderen Beweismittels zu bedienen. Inſoweit aber die Frau nicht zahlungsfähig iſt, bleibt der alte Schuldner, für den ſie intercedirt hat, ſelbſt im Fall der Expromiſſion dem alten Gläubiger verpflichtet [51]). 4) Wenn die Interceſſion für die Beſtellung eines Heurathsgutes geſchehen iſt [52]). 5) Wenn eine Frau bei der Manumiſſion eines fremden Sclaven für einen gewiſſen Losſagungspreis dem Eigenthümer einzuſtehen verſprach, ohne Unterſchied, ob ſie direct oder indirect d. h. für den Sclaven eintrat [53]). Der Grund, womit Juſtinian dieſe Sanction motivirt, läuft darauf hinaus, daß es unbillig ſei, dem Eigenthümer den Verluſt des Sclaven und zugleich auch den der für ihn verſprochenen Entſchädigung zuzumuthen. 6) Wenn der Gläubiger ein Minderjähriger iſt und vom Hauptſchuldner Zahlung nicht erlangen kann, ſo erlangt er durch die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand volle Entſchädigung von der Frau, welche für den Schuldner intercedirt hat und mit ihrer Einrede nicht gegen das ſtärkere Privilegium des Minderjährigen aufkommen kann [54]). 7) Wenn die Intercedentin ſich durch ihr betrügliches Verfahren ihrer Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat [55]). In dieſem Falle wird zwar der Intercedentin die Einrede nicht verweigert, dieſelbe aber durch die dem Gläubiger geſtattete replicatio doli unwirkſam gemacht [56]); daher denn der letztere auch ſtets den Beweis des Dolus zu führen hat. Manche Rechtsgelehrte nehmen unter Bezug auf eine Pandektenſtelle [57]) an, daß es zu dieſem Behufe ſchon vollkommen ausreiche, wenn nachgewieſen wird, daß die Frau bei dem Acte der Interceſſion von der ihr zuſtehenden Rechtswohlthat unterrichtet geweſen ſei; allein der daſelbſt

49) L. 2. C. 4. 29.
50) L. 23. pr. C. 4. 29.
51) L. 23. §. 1. C. 4. 29.
52) L. 12. L. 25. C. 4. 29.
53) L. 24. C. 4. 29.
54) L. 12. D. de minoribus XXV annis. (4. 4.)
55) L. 2. §. 3. L. 17. §. 1. L. 30. pr. D. 16. 1. L. 5. u. 18. C. 4. 29.
56) L. 18. C. 4. 29.
57) L. 30. pr. D. 16. 1. So Leyser, medit. ad Pand. vol. III. spec. CLXX. med. 7.

angeführte Grund lehrt deutlich, daß dieſelbe anders zu interpretiren ſei [58]). 8) Wenn die Intercedentin dieſelbe Interceſſion nach Ablauf von zwei Jahren wiederholt hat; vorausgeſetzt indeß, daß ſie volljährig war, als ſie das erſte Mal intercedirte, und die Wiederholung der Interceſſion in derſelben Form geſchah, wie ſie das erſte Mal gemacht worden. Es beruht dieß auf einer beſondern Sanction Juſtinian's [59]), welcher dabei von der Anſicht ausgeht, daß eine ſolche Wiederholung der Interceſſion ſo angeſehen werden ſolle, als habe ſie des eigenen Vortheiles halber intercedirt. Die vorgeſchriebene Zeitfriſt von zwei Jahren iſt jedenfalls nach den Regeln der tempora continua zu berechnen, und läuft von dem Augenblicke an, wo die erſte Interceſſion geſchehen iſt. 9) Wenn der Gläubiger bei dem Interceſſionsacte nicht wußte, daß die Frau in der That intercedire, d. h. wenn er glaubte, eine ſelbſtſtändige Obligation mit ihr einzugehen [60]). Die Form, in welcher hier die Einrede in Wegfall kommt, iſt nicht immer dieſelbe. Bald wird die Einrede zugelaſſen, dagegen aber die replicatio doli mali geſtattet [61]), bald die Einrede ſchon von Amtswegen verworfen [62]). 10) Wenn die intercedirende Frau der Einrede des Senatsbeſchluſſes ausdrücklich entſagt hat. Das römiſche Recht ſpricht die Möglichkeit eines wirkſamen Verzichtes auf dieſelbe nur in zwei Fällen aus, nämlich zuerſt bei der Mutter und Großmutter, welche die Tutel über Kind oder Enkel übernehmen [63]), und dann bei einer Frauensperſon, welche ſtatt deſſen, für den ſie intercedirt hat, den Prozeß als Beklagte übernehmen will und ſich deßhalb verpflichten muß von der Einrede keinen Gebrauch zu machen [64]). Freilich iſt es eine ſehr beſtrittene Frage, ob der Verzicht bei der Interceſſion auch in anderen Fällen die Exception beſeitige [65]). In der Art, wie jene Stellen von dem Verzichte ſprechen, findet ſich durchaus keine Veranlaſſung, ſeine Möglichkeit auf jene beiden Fälle zu beſchränken, und eben ſo wenig kann der für dieſe Beſchränkung ſonſt geltend gemachte Einwand beweiſen, daß durch die Möglichkeit des Verzichtes das SC. ſeine Wirkung verlieren würde, da eine Frau eben ſo leichtſinnig verzichten als intercediren werde, indem dieſer Einwand nicht gegen die Wirkſamkeit eines jeden Verzichtes, ſondern eben nur gegen die eines leichtſinnigen und übereilten gerichtet iſt. Nimmt man noch dazu den allgemeinen Rechtsgrundſatz, daß es jedem erlaubt ſein müſſe, den zu ſeinen Gunſten eingeführten Rechtswohlthaten zu entſagen, welcher auch in Bezug auf Weiber in mehreren Anwendungen vorkommt, ſo dürfte ſich von ſelbſt die durch die Praxis

58) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 2—5.

59) L. 22. C. 4. 29. Nov. 61. cap. 1. §. 1.

60) L. 4. pr. D. 16. 1. L. 6. L. 11. L. 27. pr. D. ibid.

61) L. 6. D. 16. 1.

62) L. 4. pr. L. 11. L. 27. pr. D. 16. 1.

63) L. 3. C. quando mulier tutelae officio fungi potest. (5. 35.) Nov. 98. c. 2. Nov. 118. c. 5.

64) L. 32. §. 4. D. 16. 1.

65) Vergl. über die Geſchichte dieſer Controverſe Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandlungen, Bd. 1, Nr. 10, S. 144—162. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 36—52.

des Juſtinianiſchen Rechtes im Oriente [66]) und Occidente [67]) feſtgeſtellte Anſicht rechtfertigen, daß die Weiber auf dieſe Einrede, gleichwie auf andere Rechtswohlthaten giltig verzichten können. Vorausgeſetzt wird indeß dabei, um übereilte und leichtſinnige Verzichte auszuſchließen, daß die Frau vor oder bei dem Verzichte von einem Rechtskundigen über die Natur des Beneficium und die Folgen des Verzichtes gehörig belehrt und dadurch in den Stand geſetzt worden iſt, das Geſchäft mit Ueberlegung abzuſchließen [68]). Ueber die Form der Entſagung finden wir in den römiſchen Rechtsquellen keine beſonderen Vorſchriften; daher ſteht nicht zu bezweifeln, daß die gewöhnlichen Formen der Renuntiationen auch hier ausreichen. Manche neuere Rechtsgelehrten gehen noch weiter und behaupten, daß eine ſolche Entſagung nur in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterſchriebenen Documente giltiger Weiſe geſchehen könne, oder daß ſie eidlich geſchehen müſſe. Allein wenn ſchon dieſe Anſichten weder in der Theorie noch in der Praxis haben Boden gewinnen können, ſo ſteht es doch nach den allgemeinen Regeln von der Giltigkeit des Eides nicht zu bezweifeln, daß eidliche Entſagungen auch ohne vorhergehende Belehrung gelten, wenn nur überhaupt die Frau weiß, was ſie eidlich gelobt. 11) Wenn die intercedirende Frau ihre Interceſſion mit einem Eide beſtärkt hat. Hier bleibt die Interceſſion auch dann giltig, wenn die Intercedentin über ihre Rechtswohlthaten nicht belehrt worden, auch die Interceſſion nicht in einem öffentlichen oder von drei Zeugen unterſchriebenen Documente geſchehen iſt. Dieſe Ausnahme iſt durch die Praxis dem Geiſte des canoniſchen Rechtes gemäß eingeführt worden [69]). 12) Wenn die Frau auf eigene Rechnung Handelſchaft treibt und ihre Interceſſion einen mit ihrem Geſchäfte in Verbindung ſtehenden Fall betrifft.

Daß Geſchäfte, welche eingegangen werden, um das SC. zu umgehen, nach denſelben Grundſätzen zu beurtheilen ſind, wie wenn ſie gegen das SC. eingegangen wären, verſteht ſich von ſelbſt. Die römiſchen Rechtsquellen gewähren in dieſem Falle eine beſondere Einrede, die

66) So Harmenop. πρόχ. III. 6. §. 5.

67) Vergl. Westenberg, principia iuris s. o. Dig. 16. 1. §. 25. nr. IV. Schilter, praxis iuris Romani exerc. 28. §. 8—11. Lauterbach, collegium theoretico-practicum 16. 1. §. 24. Leyser, meditat. ad Pand. spec. 170. med. 1 u. 2. Böhmer, exerc. ad Pand. tom. III. exerc. 50. cap. 2. §. 15—19. Heering, de fideiuss. cap. 7. nr. 466 sq. Glück a. a. O. Th. 15, S. 40.

68) Vergl. Böhmer l. c. cap. II. §. 19. Stryck, diss. de certioratione iurium renunciandorum cap. III. nr. 15. Leyser l. c. spec. 170. med. 3. Struben, rechtliche Bedenken, Th. 2, Bed. 76, §. 2. Gmelin, von Aufſätzen über Verträge, §. 69, S. 142 flg. Engelbrecht, diss. de renunciatione SC. Velleiani privato instrumento facta cap. 2. §. 8. Emminghaus, ad Coccei ius civile controversum 16. 1. qu. 12. not. t. Hofacker, principia iuris civilis Rom. Germ. tom. III. §. 4144. Glück a. a. O. Th. 15, S. 40—43. Puchta, Lehrbuch der Pandekten, S. 410.

69) Vergl. Lauterbach l. c. §. 25. Böhmer l. c. cap. 1. §. 9. Röslin a. a. O. Th. 2, S. 199—213. Glück a. a. O. Th. 15, S. 33.

exceptio fraudis SCto factae [70]), welche ſie genau von der exceptio SC. unterſcheiden.

Mit dem Verbot der weiblichen Interceſſionen durch das vellejaniſche SC. hängt die beſondere Verfügung im neueſten Rechte Juſtinian's zuſammen, daß, wenn eine Ehefrau zu einem Darlehne ihres Mannes einwilligt, oder die Schuldurkunde unterſchreibt, oder ſich oder ihre Vermögensſtücke dafür obligirt, dieſer Act ungiltig ſein ſolle, wenn nicht klar nachgewieſen wird, daß das erborgte Geld zum Nutzen der Frau verwendet worden iſt. Gleichgiltig ſoll es dabei ſein, ob die Interceſſion einmal geſchehen oder wiederholt worden iſt, und ob die Interceſſionsurkunde eine öffentliche oder eine private iſt. Es iſt dieß die Sanction von Nov. 134. c. 8, deren Inhalt von den Gloſſatoren als Authentica si qua mulier zu L. 22. C. ad SC. Velleianum (4. 29.) eingetragen worden iſt [71]). Die neueren Rechtsgelehrten machen dieſe Verfügung zur Quelle einer beſonderen Rechtswohlthat, welche der für ihren Ehemann intercedirenden Ehefrau zu Gute kommen ſoll, und dieſe Anſicht iſt auch in die Praxis übergegangen. Eine Entſagung dieſer Rechtswohlthat iſt nach der allgemein angenommenen Meinung der bewährteſten Rechtsgelehrten nur in der Form des Eides zuläſſig nach vorgängiger Belehrung der Intercedentin über das ihr zuſtehende Vorrecht. Eine ſolche Entſagung iſt aber noch keineswegs in der Verzichtsleiſtung auf die Einrede des vellejaniſchen SC. enthalten, weil die Novelle ſich gerade dadurch von dieſem unterſcheidet, daß keine Wiederholung der Interceſſion gelten ſolle; ebenſo wenig in einer allgemeinen Entſagung aller weiblichen Rechtswohlthaten. Dagegen kommt die Rechtswohlthat in Wegfall, wenn eine Wittwe erſt nach dem Tode ihres Mannes den Gläubigern deſſelben Bürgſchaft leiſtet, da hier die Gründe des Geſetzes wegfallen, und die Novelle nur den Fall der beſtehenden Ehe betrifft, und als correctoriſches Geſetz keine ausdehnende Erklärung zuläßt. Es ſteht ihr aber dann immer noch frei, auch gegen dieſe Interceſſion ſich auf das vellejaniſche SC. zu beziehen.

Exceptio spolii [1]) heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten das Anführen des Beklagten, daß er widerrechtlicher Weiſe des Beſitzes einer Sache oder eines Rechtes entſetzt worden ſei, und mithin jedes weiteren Verfahrens im gegenwärtigen Prozeſſe überhoben werden müſſe, bevor dieſe Beſitzentſetzung ſammt ihren Wirkungen aufgehoben

---

70) L. 32. §. 3. D. 16. 1.

71) Vergl. Savigny, Geſchichte des römiſchen Rechtes im Mittelalter, Bd. 4, S. 43.

1) Literatur: C. Ziegler, ad can. Redintegranda, zuletzt in Woltaer, observationes ad ius civile et Brand. fasc. 2. Hal. 1779, 8. J. H. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. II. tit. 13. tom. II. p. 1133 — 1135. Idem de depravato exceptionis spolii statu in eiusdem exercitat. ad Pand. nr. XCI. tom. V. p. 662—696. Fleck, de interdictis unde vi et remedio spolii, p. 83—136 (Lips. 1797, 8.), und beſonders v. Savigny, das Recht des Beſitzes, 6. Ausg., S. 619—635.

worden [2]). Wer die Unrechtlichkeit beging, heißt in der Kunſtſprache spoliator; an wem ſie begangen worden iſt, heißt spoliatus. Man leitet dieſes Rechtsmittel gewöhnlich aus dem can. **Redintegranda** C. III. qu. 1. her, welcher indeß weiter nichts ausſpricht, als daß Biſchöfe, welche aus ihrem Sitze vertrieben oder ihres eigenen Vermögens beraubt worden ſind, nicht eines Verbrechens halber vor die Synode gezogen werden können, ſo lange ſie nicht in den Beſitz der verlorenen Güter wieder eingeſetzt worden ſind [3]. Ein Grundſatz, welcher auch in anderen Stellen des Gratianiſchen Decretes deutlich ausgeſprochen worden [4]), freilich aber nur ſolchen, welche den Decretalen des falſchen Iſidor entnommen worden ſind. Die päbſtlichen Decretalen haben ſpäterhin das Inſtitut weiter ausgebildet. Zunächſt anerkannten ſchon Innocenz III. [5]) und Gregor IX. [6]) die Exceptionsform für unſer Rechtsmittel als paſſend, und verfügten zugleich, daß vor allem Anderen der, welcher von derſelben Gebrauch macht, mit dem Beweiſe derſelben gehört und, wenn dieſer in der gehörigen Form beigebracht worden, nicht gezwungen werden ſolle, dem Gegner auf ſeine Klage zu antworten, ſo lange die Reſtitution noch nicht erfolgt ſei. Die Erforderniſſe der Exception ſind im Einzelnen folgende: 1) Es muß eine Beſitzentſetzung des Beklagten vorliegen. Einerlei iſt es, ob ſie den Beſitz unbeweglicher, beweglicher Sachen oder von Rechten betrifft [7]); ſelbſt das einſeitige Auflöſen eines factiſchen Verhältniſſes, zu deſſen Fortſetzung man rechtlich verbunden iſt, gilt als Spolium [8]). 2) Dieſe Beſitzentſetzung muß widerrechtlich ſein, was natürlich ſchon dann angenommen wird, wenn der, welcher dieſelbe vornimmt, dieß auf die nicht gehörige Weiſe ohne Angehung des competenten Richters gethan hat [9]). 3) Die Reſtitution des Spoliirten, d. h. die Wiedereinſetzung deſſelben in den Beſitz, deſſen er unrechtmäßiger Weiſe beraubt worden, ſammt Vergütung aller durch die Beſitzentſetzung entſtandenen Schäden darf noch nicht erfolgt ſein [10]). 4) Der jetzige Kläger muß entweder der Spoliator ſelbſt ſein oder aus dem begangenen Spolium wiſſentlich Vortheil gezogen oder die geraubte Sache wiſſentlich an ſich genommen haben [11]). **Woltär** [12]) läßt die Einrede gegen jeden dritten Beſitzer der Sache zu, einerlei ob er ſie im guten oder im böſen Glauben beſitzt, weil auch derjenige scienter detinens ſei, der nur jetzt durch den Prozeß das Spolium erfahren. Allein ſchon

---

2) Vergl. **Böhmer** in exerc. l. c. §. 3. tom. V. p. 669.
3) Vergl. v. **Savigny** a. a. O. S. 619–624.
4) Can. 1. 2. 4. C. III. qu. 1, can. 3–6. C. III. qu. 2.
5) Cap. 2. X. de ordine cognitionum. (2. 10.)
6) Cap. 4. X. ibid.
7) Cap. 7. X. de restitutione spoliatorum. (2. 13.)
8) Cap. 8, 10, 13. X. 2. 13.
9) Daher sine iudicio spoliare in cap. 7. X. 2. 13.
10) Cap. 7. X. 2. 13. vergl. mit cap. 4. X. 2. 10.
11) Cap. 18. X. 2. 13. vergl. mit cap. 2. X. 2. 10. und cap. 11. X. de iudiciis. (2. 1.) Vergl. **Böhmer**, exerc. laud. §. 4. tom. V. p. 671.
12) L. c. p. 252.

Savigny[13]) hat nachgewieſen, daß eine ſolche Ausdehnung den Worten von cap. 18. X. de rest. spoliatorum (2. 13.) entgegen iſt, nicht zu gedenken, daß ſie auch der allgemeinen in einer ſpäteren Decretale ausgeſprochenen Regel geradezu widerſpricht[14]). Auf die Connexität der Spolienſache mit dem intendirten Prozeſſe kommt weiter nichts an. Vielmehr iſt die Spolieneinrede zuläſſig bei allen Civilklagen ohne Unterſchied[15]), ja ſogar bei allen Criminalunterſuchungen, und bei dieſen ſogar dann, wenn das Spolium nicht vom jetzigen Kläger, ſondern von einem Dritten ausgeführt worden iſt[16]); nur muß dann das Spolium mehr als die Hälfte des Vermögens betragen, auch kann dann der Ankläger fordern, daß dem Angeklagten eine Friſt vorgeſchrieben werde, binnen welcher das Interdict gebraucht werden könne; nach Verlauf dieſer Zeit hört die Wirkung der Einrede auf[17]). — Die Einrede iſt ihrer Natur nach nicht auf eine beſtimmte Zeitfriſt beſchränkt, und muß natürlich von dem, welcher ſie vorſchützt, bewieſen werden[18]). Zu dieſem Beweiſe iſt dem Beklagten ſowohl im Civil= als im Criminalprozeſſe eine Zeitfriſt von wenigſtens 15 Tagen vom Augenblicke der Vorſchützung an geſtattet, binnen welcher der Beweis nicht allein angetreten, ſondern auch vollendet ſein muß[19]). Die Wirkung der Einrede iſt die, daß der Beklagte ſich nicht eher zu weiteren Handlungen im Prozeſſe, ſelbſt nicht einmal zur Litisconteſtation zu verſtehen braucht, ſo lange nicht die Reſtitution erfolgt iſt[20]); ja ſelbſt dem Richter iſt es zur Pflicht gemacht, den Prozeß bis zum völligen Austrage der Reſtitution zu ſiſtiren[21]), ſo daß ſpätere Prozeßhandlungen deſſelben der Strafe der Nullität unterliegen[22]). Es verſteht ſich dabei von ſelbſt, daß die Reſtitution vollſtändig ſein müſſe, alſo nicht bloß die Wiedereinſetzung des Spoliirten in Beſitz, deſſen er widerrechtlich beraubt worden, ſondern auch den Erſatz der Koſten und die Reparation aller verurſachten Schäden betreffe[23]). Allein, daß dieſe Reſtitution nicht definitiv und ſelbſtſtändig durch den Gebrauch der Exception erzwungen werden könne, das geht nicht allein aus der Natur der Exception als ſolcher hervor, ſondern iſt in beſonderer Anwendung auf unſer Rechtsmittel noch durch eine Decretale Innocenz III. beſtimmt worden[24]). Die neueren Rechtsgelehrten rechnen dieſe Einrede zu den

---

13) A. a. O. S. 628, Note 1.

14) Cap. 1. in VI. de restit. spoliat.

15) C. 2. C. III. qu. 2. Cap. 2 u. 4. X. 2. 10. Vergl. Böhmer, ius ecclesiasticum Protestantium, lib. 2. tit. 13. §. 15. tom. I. p. 1134.

16) Cap. 1. in VI. 2. 5.

17) Cap. 1. in VI. 2. 5.

18) Cap. 2. pr. X. 2. 10. C. 13. X. ibid.

19) Cap. 1. in VI. 2. 5. Vergl. dazu Böhmer, exerc. laud. §. 13 u. 14. tom. V. p. 685—689.

20) Cap. 2. pr. c. 4. X. 2. 10.

21) C. 7. 10. X. 2. 13.

22) Cap. 10. X. 2. 13. Daher die Rechtsregel spoliatus ante omnia restituendus.

23) Cap. 11. X. 2. 13.

24) Cap. 2. §. 1. X. 2. 10.

dilatoriſchen, inſofern ſie nicht auf einem dauernden Grunde beruhet; freilich aber nicht im Sinne des J. R. A., nach welchem verzögerliche Einreden gleich im erſten Termine vorzubringen ſind und ihnen die Litiscontestation angehängt werden ſoll. Vielmehr kann die vorliegende Einrede in jedem Theile des Prozeſſes bis zur Fällung des Endurtheils vorgeſchützt werden; ja, wenn ſie vor der Litiscontestation vorgebracht wird, kann dieſe ſogar unterlaſſen werden [25]). Sie kommt in Wegfall, wo ſie das Geſetz in Rückſicht des öffentlichen Wohles ausgeſchloſſen hat, und wo die Reſtitution der Sache nach moraliſch unmöglich iſt. Das erſte iſt der Fall, wenn in der Klage von dem Recht oder der Sache einer Kirche die Rede iſt, in der Exception aber von dem Rechte einer Privatperſon, oder umgekehrt [26]). Das zweite, wenn die Reſtitution eine Todſünde enthalten würde, z. B. bei der Trennung von Ehegatten, welche in einem verbotenen Grade mit einander verwandt ſind, kann die Reſtitution nicht in Betreff der ehelichen Pflicht geſchehen [27]), obſchon dieſelbe in jeder andern Beziehung vorgenommen werden kann [28]). Auch kommt ſie in Wegfall, wenn das Interdictum unde vi angeſtellt wird und der Kläger den Beklagten früherhin aus dem Beſitze derſelben Sache verdrängt hat, denn als dilatoriſche Einrede kann ſie hier nicht in Betracht kommen, und als peremtoriſche wird ſie durch die Satzungen des römiſchen Rechtes ausgeſchloſſen [29]).

Exceptio temporis (Verjährungseinrede) heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten die Einrede, welche der Beklagte auf den Umſtand gründet, daß die für die Anſtellung der Klage durch das Geſetz beſtimmte Zeitfriſt ungenützt abgelaufen und daher die ſpätere Anſtellung einer ſolchen Klage unzuläſſig ſei. Am früheſten kommt die Verjährungseinrede wohl bei den prätoriſchen Klagen vor, deren Wirkſamkeit ſich natürlich nicht über ein Jahr hinaus erſtrecken konnte, da der Prätor nur ein Jahr lang die Magiſtratur verwaltete, mithin auch nicht eigenmächtig Klagen über die Zeitfriſt eines Jahres hinaus im Edicte verſprechen konnte [1]). Daher denn die Ausdrücke des Edictes actionem intra annum dabo [2]); intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo [3]); intra annum, quo primum experiundi potestas fuit, agere permittam [4]) u. ſ. w. Wurde nun die Klage nach dem Ablauf der angegebenen Zeitfriſt angeſtellt, ſo konnte ſchon zu den Zeiten der claſſiſchen Juriſten der Beklagte die Einrede der jährigen Verjährungs-

25) Vergl. Böhmer, exerc. XCI. §. 10. tom. V. p. 680—682.
26) Cap. 1. §. 2. in VI. 2. 5.
27) Cap. 13. X. 2. 13.
28) Cap. 10. X. 2. 13.
29) Vergl. Savigny a. a. O. S. 630.

1) Pr. J. de perpetuis et temporalibus actionibus (4. 12.) ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 870.
2) L. 1. §. 1. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.)
3) L. 1. pr. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)
4) L. 1. pr. D. uti possidetis. (43. 17.)

friſt brauchen, welche in dieſer Beziehung auch annua exceptio genannt wird [5]), und doch wohl keines weiteren Beweiſes bedürftig war. Daß in dieſem Falle die Obligation, aus welcher das Klagrecht zuſtand, ganz vernichtet wurde, beweiſt nicht allein die Natur dieſer peremtoriſchen Einrede, ſondern auch die Art und Weiſe, wie die Pandektenjuriſten von einer ſolchen verjährten Obligation ſprechen [6]). Späterhin wurden auch einzelne von den civilen Klagen einer Verjährung unterworfen und ſeit der bekannten Conſtitution von Theodoſius dem Zweiten wurde es zur Regel, daß die actiones perpetuae einer Verjährungsfriſt von 30 Jahren unterworfen ſeien [7]). Der Ausnahmen gab es nur wenige, und auch dieſe ſind durch die Verordnungen der folgenden Kaiſer an beſtimmte Verjährungsfriſten gebunden worden. So verordnete Anaſtaſius, daß für alle Fälle, in welchen nach der früheren Verordnung die dreißigjährige Verjährung nicht ſtattfindet, die vierzigjährige Platz ergreifen ſollte [8]), und nur für die Vindication zum Curialnexus [9]) und die Abtragung öffentlicher Abgaben [10]) hat er in einer ſpäteren Conſtitution eine Ausnahme zugelaſſen; für die hypothekariſche Klage haben wir beſondere Beſtimmungen von Juſtin I. [11]), und auch Juſtinian hat dieſe Verordnungen theils durch eigene Conſtitutionen beſtätigt [12]), theils ihnen durch ihre Aufnahme in ſeinen Codex Giltigkeit für die Folgezeit geſichert. Daß nun in allen dieſen Fällen, wo der Ablauf der Verjährungsfriſt die urſprünglich zuſtehende Klage aufhebt, dieſe Aufhebung nur auf dem Wege der Exception bewirkt werde, ſagen die hier einſchlagenden Conſtitutionen ausdrücklich [13]), und geht auch aus dem Titel der Inſtitutionen de perpetuis et temporalibus actionibus (4. 12.) hervor, welcher vorausſetzt, daß die perpetuae actiones des alten Civilrechtes auch noch zu den Zeiten Juſtinian's ipso iure nach dem Ablauf der Verjährungsfriſt fortdauern. Die Verjährungseinrede wird aber auch hier dieſelbe Wirkung gehabt haben, wie im vorigen Falle, d. h. die völlige Aufhebung der Obligation zur Folge gehabt haben, da ſich dieß eines Theils aus der Natur der Exception von ſelbſt ergibt, anderen Theils durch den Sprachgebrauch der kaiſerlichen

5) L. 30. §. 5. D. de peculio. (15. 1.) L. 1. §. 10. D. quando de peculio actio annalis sit. (15. 2.)

6) Usque ad annum produci obligationem in L. 1. §. 3. D. 15. 2. Andere, z. B. de **Schröter**, in comm. de temporis vi in actionibus et interdictis tollendis (Jenae 1827), p. 6, nehmen für die prätoriſchen Klagen und Interdicte eine Aufhebung des Klagrechtes ipso iure an.

7) Const. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.) L. 3. C. J. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (7.39.) Vgl. auch Nov. 8. von Valentinian III.

8) L. 4. C. 7. 39.

9) L. 5. C. 7. 39.

10) L. 6. C. 7. 39.

11) L. 7. C. 7. 39.

12) L. 1. §. 1. C. de annali exceptione Italici contractus tollenda. (7. 40.) L. 3. C. ibid.

13) L. 3—7. 9. C. 7. 39. L. 1. u. 3. C. 7. 40. Vergl. **Schröter** l. c. p. 7—9.

Conſtitutionen beſtätigt wird [14]). — Eine andere Bedeutung hat die exceptio temporis bei der in den römiſchen Rechtsquellen anerkannten Verjährung der Litispendenz, zwar nicht jener alten, welche nach der lex Julia in den iudicia legitima durch den Ablauf eines Jahres und ſechs Monaten von der Litisconteſtation an gerechnet eintrat [15]), und in dem Pandektenrecht als geltend vorausgeſetzt wird [16]), oder der, welche nach uralten Grundſätzen des römiſchen Staatsrechtes in den iudicia, quae imperio continentur, ſofort eintrat, als der Magiſtrat, welcher das Judicium angeordnet hatte, das Imperium verlor [17]), wohl aber bei der neuen, welche aus den Conſtitutionen der neueren Kaiſer ſtammt [18]). Nach der Verordnung von Theodoſius dem Zweiten, welche die dreißigjährige Klagenverjährung eingeführt hat, ſoll nämlich auch dann, wenn die wirkliche Einführung der Klage vor Gericht bereits ſtattgefunden hat, das Klagrecht als erloſchen gelten, wenn der anhängig gemachte Rechtsſtreit dreißig Jahre hindurch liegen geblieben iſt [19]). Dieſe Beſtimmung wurde ſpäter für das Abendland dahin modificirt, daß alle Klagen innerhalb dreißig Jahren nicht bloß angeſtellt, ſondern auch der Prozeß binnen dieſer Zeit beendigt werden ſolle [20]). Im Morgenlande hat dieſe Modification nie Eingang gefunden, vielmehr iſt daſelbſt, wie wir aus einer Conſtitution von Juſtinian ſehen, nur die oben gedachte Verordnung Theodoſius II. in Giltigkeit geweſen [21]). Nach Juſtinian's Verordnung iſt die dreißigjährige Friſt für dieſen Fall aufgehoben und eine vierzigjährige an deren Stelle geſetzt worden [22]). Daß auch dieſe Verjährung durch eine Einrede geltend gemacht werde, folgt aus dem Umſtande, daß ſie der Klagenverjährung in L. un. Th. C. 4. 14. gleichgeſtellt wird, und zum Ueberfluſſe wird noch in L. 9. Just. Cod. 7. 39. dieſe exceptio mehrmals ausdrücklich erwähnt. Die Wirkung dieſer Einrede iſt nicht

14) Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.) So iſt von einem actionem tolli, expirare, finiri, extingui, von post triginta annos nulla penitus iurgia excitari, von nullum ius privatum vel publicum, quod praedictorum XL. annorum extinctum est iugi silentio, moveatur häufig in den angeführten Conſtitutionen die Rede. Vgl. Schröter l. c. p. 9—11.

15) Caius, inst. IV. 103—105. Vergl. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil, S. 130—138.

16) L. 2. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 3. §. 1. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) L. 30. §. 1. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 8. §. 1. D. ratam rem haberi. (46. 8.) L. 18. §. 4. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 2. D. iudicatum solvi. (46. 7.)

17) Caius, inst. IV. §. 105.

18) Vgl. Linde, über die Verjährung des Prozeſſes und der Litispendenz, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 156—176.

19) L. un. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.) In L. 3. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum (7. 39.) iſt die fragliche Stelle weggeblieben.

20) Nov. Val. III. nr. 8. ed. Jacob. Gothofr. tom. VI. pte 2. p. 118, 119.

21) L. 9. C. 7. 39.

22) L. 9. C. 7. 39. L. 1. §. 1. C. de annali exceptione Italici contractus. (7. 40.)

von der anderer Exceptionen verſchieden; daß das ganze Recht erliſcht, alſo nicht eine naturalis obligatio zurückbleibt, geht daraus hervor, daß dieß Inſtitut in dieſer Beziehung, wie die Extinctivverjährung, beurtheilt werden muß, und Ausdrücke von der ehemaligen dreißigjährigen Verjährung gebraucht werden, welche nur von einem völligen Erlöſchen des ganzen Rechtes verſtanden werden können [23]). Der Anfang dieſer Verjährungsfriſt wird von der Zeit an berechnet, wo die letzte Partheihandlung im Prozeſſe und die damit verbundene richterliche Cognition vorgekommen iſt [24]). Manche neuere Rechtsgelehrten haben die Anwendbarkeit dieſer Verjährung auf die Auctorität Joh. Ulrich von Cramer hin für das heutige Recht in Abrede geſtellt. Allein, da ſie auch bei den ehemaligen Reichsgerichten als geltend anerkannt war, ſo ſcheint kein Grund vorhanden, ſie aus den heutigen Territorialgerichten auszuſchließen [25]).

Exceptio vitiosae possessionis [1]) heißt in der Kunſtſprache der neueren Rechtsgelehrten die gegen gewiſſe Beſitzklagen ſtattfindende Einrede, daß der Kläger den Beſitz, welchen er beanſprucht, fehlerhafter Weiſe, d. h. entweder durch Gewalt oder heimlicher Weiſe oder bittweiſe (vi, clam aut precario), erworben habe, um die Abwendung der Condemnation herbeizuführen. Die Zuſammenſtellung dieſer drei vitia possessionis iſt uralt [2]), und gewiß auch zeitig in das prätoriſche Edict übertragen worden, da auf jedes derſelben ein beſonderes Interdict gegründet worden. Da ſich nun dieſe Interdicte bereits zu Cicero's Zeiten in der Praxis vorfanden [3]), ſo konnte es nicht fehlen, daß man Anſprüche, welche auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden konnten, auch auf dem Wege der Einreden zu realiſiren ſuchte, da es ja nur als ein abgekürztes Verfahren erſcheinen mußte, wenn man den Wegfall der Gründe, aus welchen man die Herausgabe von Sachen ſelbſtſtändig beanſpruchen konnte, bei den Beſitzklagen vorausſetzte. So kam man nach

---

23) L. 9. Iust. Cod. 7. 39.: Iure suo lapsi und ſpäter suas fortunas ad alios translatas videntes merito quidem sine remedio antea lugebant. Vgl. Linde a. a. O. Th. 2, S. 190.

24) L. 9. C. 7. 39.: Ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit. L. 1. §. 1. C. 7. 40.: Ex quo novissimum litigatores tacuerunt.

25) Vgl. Linde a. a. O. Th. 2, S. 193—225.

1) Die Literatur über dieſe Einrede findet ſich in den Schriften über den Beſitz bei Gelegenheit der poſſeſſoriſchen Interdicte. Vorzüglich gehören hierher die bekannten Schriften von Cuperus (diss. inaug.), observationes selectae de natura possessionis, Lugd. Batav. 1789, 4., neue Ausgabe von Thibaut, Jena 1804, 8., und Savigny, das Recht des Beſitzes, 6. Ausgabe. — Ueber die Stellung der Einrede im Civilprozeß vgl. Zimmern, der römiſche Civilprozeß bis auf Juſtinian, §. 92, Note 13, S. 288.

2) Terent. eunuch. 2. 8. vs. 27 u. 28.

3) Vom Interdictum de vi handelt bekanntlich Cicero's Rede pro Caecina; auch kommt es in der neu aufgefundenen Rede pro Tullio vor; für das Interdictum de clandestina possessione und de precario ergibt es ſich aus Cic. in Rullum III. 3.

der Beſtimmung des Begriffes possessio bei den Interdicten darauf, auch das nec vi, nec clam, nec precario possidere als ein Erforderniß derſelben im Edicte aufzuſtellen [4]). Als nun ſpäterhin das Verfahren durch formulae eingeführt wurde, und die Exceptionen entſtanden, gewöhnte man ſich daran, dieſe Erforderniſſe als Exceptionen [5]) anzuſehen, und nach den allgemeinen Regeln, welche von dieſen gelten, zu behandeln.

Die Sphäre unſerer Exception beſchränkt ſich nach dem claſſiſchen Pandektenrechte auf folgende Beſitzklagen: 1) Im Interdictum unde vi beſchränkte ſich die Anwendung der Einrede zu den Zeiten Cicero's nur auf den Fall, wenn keine Waffen gebraucht worden waren [6]), was Cicero vis quotidiana nennt, und daß dieß noch zu den Zeiten von Cajus geltendes Recht war, folgt aus einer lückenhaften Stelle ſeiner Inſtitutionen [7]). Wie alt hier die Einrede war, zeigt bereits die Faſſung des thoriſchen Ackergeſetzes. Die Anwendung unſerer Einrede beſchränkte ſich aber auch hier nur auf den Fall, wenn die Gewaltthätigkeit, die Heimlichkeit oder das Bittweiſehaben gegen den jetzigen Beklagten vorgefallen war, was in den römiſchen Rechtsquellen mit den Worten vi, clam aut precario ab adversario possidere ausgedrückt wird, und nur unter dieſer Einſchränkung iſt es zu verſtehen, wenn Paullus in ſeinen Sentenzen bemerkt, daß der Gegner im Prozeſſe gegen den vitiosus possessor Gewalt brauchen dürfe, ohne daß er das Interdict zu fürchten habe [8]). Juſtinian hat dieſe Exception im vorliegenden Falle allgemein verworfen [9]), ja er behandelt dieſe Ungiltigkeit als eine bekannte Sache; nur über den Grund der Verfügung herrſchen unter den neueren Juriſten allerlei Meinungen. Bald ſoll Juſtinian das alte Recht ſtillſchweigend geändert haben, bald ſoll die Aenderung in einer verlorenen Conſtitution vorgenommen worden ſein, bald ſoll Tribonian über das alte Recht ganz unwiſſend geweſen ſein. Die Sache bedurfte indeß wohl überall nicht

---

4) Cic. pro Caecina cap. 8 u. 32, pro Tullio c. 44, lex Thoria bei Sigonius de antiquitatibus Italiae II. 2. für das Interdictum unde vi; L. 1. §. 5 u. 9. D. uti possidetis (43. 17.), L. 17. D. de precario (43. 26.) für das Interdictum uti possidetis; L. 1. pr. D. de superficiebus (43. 18.) für das Interdictum de superficiebus; L. 1. pr. D. de itinere actuque privato (43. 19.), L. 1. §. 11 u. 12. D. ibid., L. 3. §. 2. D. ibid., L. 6. D. ibid. für das Interdictum de itinere actuque privato; L. 3. §. 11. D. ibid. für das Interdictum ut iter reficere liceat.; L. 1. §. 19. D. de aqua quotidiana (43. 20.), L. 1. §. 20. D. ibid. für das Interdictum de aqua quotidiana et aestiva; L. 1. pr. D. de rivis (43. 21.), L. 1. §. 9. D. ibid. für das Interdictum de rivis; L. un. pr. u. §. 6. D. de fonte (43. 22.) für das Interdictum ut fontem reficere liceat.

5) Cic. ad fam. VII. 13. L. 1. §. 11. D. de itinere. (43. 19.) L. 7. §. 3 u. 4. L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.) Vgl. Schröter, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 252.

6) Cic. pro Caec. c. 8, 22, 31, 32, pro Tullio c. 44, epist. ad. fam. VII. 13. Vgl. Savigny, das Recht des Beſitzes, S. 513, 543.

7) Caius, inst. IV. §. 154, 155.

8) Paulli sent. rec. V. 6. §. 7.

9) §. 6. J. de interdictis. (4. 15.)

eines neuen Geſetzes, da ſie ſich als Folge eines andern ſehr bekannten neuen Rechtsſatzes von ſelbſt verſtand. Nach den Conſtitutionen nämlich ſollte durch die Deiection ſogar das Eigenthum verloren werden, wenn dieß der Verletzer vorher hatte; um ſo mehr alles Recht aus dem bloßen Beſitz, wenn er etwa vorher Beſitzer der Sache geweſen war [10]). Nun gründete ſich aber jene Exception auf das vorige ius possessionis, alſo war es natürlich, daß dieſelbe ſeit jenen Conſtitutionen nicht mehr gelten konnte. In den Juſtinianiſchen Pandekten ſind recht abſichtlich die Stellen weggelaſſen worden, welche eine Abweichung des alten Rechtes direct beweiſen könnten, wenn ſchon Spuren des alten Rechtes auch hier übrig geblieben ſind [11]). 2) Bei dem Interdictum uti possidetis gewinnt nicht der Kläger, ſondern der Beklagte, wenn der Beſitz des erſteren mit Gewalt oder heimlich oder durch ein precarium angefangen hat [12]), doch muß dieſe unrechtliche Handlung auch hier zwiſchen denſelben Perſonen vorgefallen ſein, welche jetzt als Kläger und Beklagte auftreten (ab adversario vi, clam aut precario possidere), alſo fällt die Einrede weg, wenn die unrechtliche Handlung entweder von dem Auctor des Klägers [13]) oder gegen eine andere Perſon, als den Beklagten [14]), verübt worden iſt. Der Grund dieſer Exception liegt ganz allgemein darin, daß dem Beklagten ohnehin ein interdictum recuperandae possessionis zuſtehen würde; anſtatt alſo den Beklagten, der freilich nicht Beſitzer iſt, in unſerm Interdicte verlieren und ihn dann in einem zweiten Prozeß gewinnen zu laſſen, wird nach einer ſehr natürlichen Abkürzung des Verfahrens der Kläger gleich jetzt abgewieſen. 3) Bei dem interdictum de superficiebus werden dieſelben Grundſätze gelten müſſen, wie bei dem vorigen, da auf der einen Seite unſere Exception ſchon in der betreffenden Stelle des prätoriſchen Edictes erwähnt wird [15]), anderntheils das erſtere nur als eine Ausdehnung des letzteren auf das Recht der Superficies erſcheint [16]). 4) Bei dem interdictum utrubi kam bereits in dem vorjuſtinianiſchen Rechte, wo nach einer beſonderen, uns ſonſt nicht weiter erklärlichen Fiction der Beſitz der maior anni pars für den gegenwärtigen Beſitz genommen wurde [17]) und in dieſer Beziehung auch der Nachmann ſich den Beſitz ſeines Vordermannes zu Gute rechnen konnte, bereits die exceptio vitiosae possessionis in demſelben Um=

---

10) Daran dachte ſchon Schulting in Paulli sent. recept. V. 6. §. 7, neuerdings Savigny a. a. O. S. 542.

11) L. 1. §. 30. D. 43.16. L. 14. 17. u. 18. pr. D. ibid.

12) Caius, inst. IV. §. 150. L. 1. pr. §. 5. L. 3. pr. D. uti possidetis. (43. 17.) §. 4. J. de interdictis. (4. 15.)

13) L. 3. §. 10. D. ibid.

14) L. 1. §. 9. D. ibid. L. 2. D. ibid. Vergl. L. 53. D. de adquir. vel omitt. possess. (41. 2.) §. 4. J. de interdictis. (4. 15.) L. 17. D. de precario. (43. 26.)

15) L. 1. pr. D. de superficiebus. (43. 18.)

16) L. 1. §. 2. D. 43. 18. L. 3. §. 7. D. uti possidetis. (43. 17.)

17) L. 1. pr. u. §. 1. D. utrubi. (43. 31.) Caius, inst. IV. §. 149, 150, 152. Vergl. Savigny a. a. O. S. 501—503.

fange vor, wie bei dem interdictum uti possidetis [18]), und daß es auch ſpäterhin, als nach Juſtinianiſchem Rechte die Grundſätze des letzteren Interdictes auf dies erſtere übertragen wurden, dabei verblieben iſt, bezeugen die Juſtinianiſchen Inſtitutionen [19]). — So weit erſtreckt ſich die Anwendung der exceptio in Betreff der Beſitzklagen; allein auch bei den Rechtsmitteln, welche zum Schutze der quasi possessio eingeführt waren, iſt die vorliegende Einrede zugelaſſen worden. Die Anwendungen, in welchen ſie hier vorkommt, ſind folgende: 1) Im interdictum de itinere actuque privato ſiegt bekanntlich der, welcher in dem verfloſſenen Jahre (von der Klage an gerechnet) wenigſtens an dreißig verſchiedenen Tagen das Recht der Servitut ausgeübt hat [20]), allein in dieſe dreißig Tage werden alle die Tage nicht eingerechnet, an welchen nur durch Gewalt, oder heimlich oder precario die Servitut ausgeübt worden [21]). Dieß iſt die einzige Bedeutung unſerer Exception bei dem Interdict, und es iſt nicht etwa ſchon darum eine Einrede begründet, weil außer den dreißig Tagen auch noch mit Gewalt oder heimlich oder precario die Servitut iſt ausgeübt worden [22]). Uebrigens müſſen ſolche Unrechtlichkeiten, welche die Exception begründen, entweder gegen den Beklagten ſelbſt, oder gegen deſſen Vordermann vorgefallen ſein [23]), und ſelbſt Singularſucceſſoren werden hier berückſichtigt [24]). 2) Bei dem Interdict ut iter reficere liceat findet die Exception in dem nämlichen Umfange und nach denſelben Regeln ſtatt, wie bei den zuerſt genannten [25]). 3) Bei dem Interdictum de aqua, wo die Ausübung der Servitut mit der Ueberzeugung, daß das Recht der Servitut wirklich vorhanden ſei [26]) und zwar im letztverfloſſenen Jahre, oder wenn die Waſſerleitung nur im Sommer oder nur im Winter gebraucht wird, wenigſtens in den letzten anderthalb Jahren verlangt wird, iſt die Exception ſchon dann begründet, wenn die Servitut auf unrechtmäßige Art (vi, clam aut precario) ausgeübt worden iſt [27]). Die Bedeutung der Exception iſt auch hier dieſelbe, wie bei den vorigen Interdicten, daß nämlich die fehlerhaften Beſitzhandlungen nicht weiter bei dem Beweiſe der Klage berückſichtigt werden [28]). Auch muß die Widerrechtlichkeit gegen die andere Prozeßparthei vorgefallen ſein, wenn ſie überhaupt bei dem Beweiſe der Einrede berückſichtigt werden ſoll [29]). 4) Im Interdictum de rivis, welches ganz dieſelben Bedingungen hat, wie das vorige [30]), gilt eben=

18) Caius, inst. IV. §. 150, 151. L. 1. §. 1. D. 43. 31. §. 4. J. 4. 15. Vgl. Savigny a. a. O. S. 504 u. 505.
19) §. 4. J. 4. 15.
20) L. 1. §. 2 u. 3, 12. D. de itinere actuque privato. (43. 19.)
21) L. 1. pr. L. 3. pr. §. 1. D. ibid.
22) L. 1. §. 12. L. 2. L. 6. D. 43. 19.
23) L. 1. pr. D. 43. 19.
24) L. 3. pr. u. §. 2. D. 43. 19.
25) L. 3. §. 11, 13. D. 43. 19.
26) L. 1. §. 10 u. 19. D. de aqua quotidiana et aestiva. (43. 20.)
27) L. 1. pr. §. 10, 20. D. 43. 20.
28) L. 1. §. 20. D. 43. 20.
29) L. 1. pr. D. 43. 20.
30) L. 3. §. 7. D. de rivis. (43. 21.)

falls die Einrede unter gleichen Vorausſetzungen [31]). 5) In den beiden zum Schutz der servitus aquae hauriendae eingeführten Interdicten, von denen das eine die künftige Ausübung der Servitut, das andere die Ausbeſſerung des Brunnens, worauf dieſe ſich bezieht, bezweckt, kommt die Einrede in ähnlicher Weiſe zur Anwendung wie bei dem interdictum de aqua und de rivis [32]). Im Interdictum de cloacis bleibt unſere Einrede in Rückſicht auf den öffentlichen Nutzen ausgeſchloſſen [33]).

Eine weitere Anwendung unſerer Einrede iſt es, wenn auch bei dem Interdictum quod vi aut clam die Einrede si non vi nec clam nec precario feceris zugelaſſen wird [34]). Freilich iſt hier überall nicht von einem Beſitze oder Quaſibeſitz die Rede, ſondern nur von einer widerrechtlichen Verwirklichung des eigenen Willens. Daß auch hier die Widerrechtlichkeit gegen den jetzigen Beklagten vorgefallen ſein müſſe, um die Exception zu begründen, verſteht ſich von ſelbſt. Der Grund, aus welchem die Einrede hier verſtattet wird, iſt ganz der nämliche, wie in den früher erörterten Fällen. Man ſuchte nämlich doppelte Prozeſſe zu vermeiden und geſtattete dem, welcher gegen den jetzigen Kläger ein beſonderes Interdict hätte anſtellen können, die Ausführung ſeiner Gerechtſame ſchon im jetzigen Prozeſſe [35]). Gleichwohl ließ man die formelle Vorſchützung der Einrede nur aus beſonders erheblichen Gründen zu [36]), und überließ es ſonſt dem richterlichen Ermeſſen, widerrechtliche Handlungen des Klägers gegen den Beklagten bei der Abgabe der Sentenz zu berückſichtigen.

Was den Beweis unſerer Einrede betrifft, ſo entſcheiden hier wohl die allgemeinen Regeln vom Beweiſe. Für die Meinung, daß der Kläger das Nichtvorhandenſein des vitium possessionis nachzuweiſen ſchuldig ſei, ließe ſich eine Stelle von Cicero [37]) anziehen, auch vielleicht der Umſtand geltend machen, daß das Nichtvorhandenſein der vitiosa possessio in dem prätoriſchen Edicte als ein Erforderniß der Interdicte angegeben wird, mit Ausnahme des Interdictes quod vi aut clam. Allein gegen den zuerſt angeführten Grund läßt ſich ſoviel mit Sicherheit einwenden, daß die Regeln vom Beweisverfahren zu den Zeiten der Republik noch nicht ſo feſt beſtimmt waren, wie wir ſie zur Zeit der claſſiſchen Juriſten ausgebildet finden; hierzu kommt, daß gerade die claſſiſchen Juriſten den von der vitiosa possessio hergenommenen Einwand als exceptio betrachten, auch da, wo das Nichtvorhandenſein des fehlerhaften Beſitzes im Edicte als Erforderniß für die Zuſtändigkeit des

---

31) L. 1. pr. D. 43. 21. L. 1. §. 9. D. ibid.
32) L. 1. pr. u. §. 6. D. de fonte. (43. 22.)
33) L. 1. §. 7. D. de cloacis. (43. 23.)
34) L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.)
35) L. 22. §. 2. D. 43. 23.
36) L. 7. §. 3. D. 43. 23.
37) Cic. pro Caec. cap. 32. In illa vi quotidiana ne id quidem satis est, nisi docet ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec praecario possederit.

Interdictes angegeben wird [38]). Und gerade dieſer Umſtand dürfte auch gegen den zuletzt genannten Grund entſcheidend ſein, um ſo mehr, da eine Widerrechtlichkeit nach den allgemeinen Regeln vom Beweiſe nicht vermuthet werden darf [39]). Heimbach.

Einwerfung. Collation [1]). Unter mehreren Erben iſt regelmäßig das erbſchaftliche Vermögen, und nur dieſes, nach Verhältniß der Erbtheile zu vertheilen. In gewiſſen Fällen aber ſind einzelne Erben ihren Miterben verpflichtet, zu der Theilungsmaſſe etwas hinzuzufügen oder auf ihren Antheil ſich anrechnen zu laſſen, was zu dem erbſchaftlichen Vermögen nicht gehört. Dieſes Hinzuthun eines an ſich ihr fremden Beſtandtheiles zu der gemeinſchaftlichen Erbſchaft iſt es, was man unter Einwerfung oder Collation verſteht. Von ſelbſt ergibt ſich hieraus, daß es nicht unter den Begriff der Collation falle, wenn ein Miterbe dasjenige, was er dem Erblaſſer ſchuldig war, etwa an die gemeinſchaftliche Maſſe oder pro rata parte an die einzelnen Miterben herauszahlt; denn dieſes war in Wahrheit in dem Vermögen der Erbſchaft begriffen. Eben ſo wenig iſt es Collation, wenn Kinder, die der väterlichen Gewalt des Verſtorbenen unterworfen waren, den Miterben ihr Peculium (profectitium) herausgeben; denn dieſes iſt, obwohl factiſch den Kindern überlaſſen, doch Vermögen des Vaters geblieben, und bildet alſo jetzt einen Beſtandtheil der Erbſchaft deſſelben. Eine wahre Collation aber nach dem angegebenen Begriffe kommt im römiſchen Rechte bei der Erbfolge von Deſcendenten in drei ſehr verſchiedenartigen Beziehungen vor, welche geſondert zu betrachten zweckmäßig ſcheint, um ſichere Reſultate für das praktiſche Recht zu gewinnen [2]).

I) Durch das prätoriſche Edict wurden als liberi zur bonorum possessio contra tabulas oder intestati, gemeinſchaftlich mit den suis heredibus, welche nach Civilrecht ausſchließlich erbten, auch die emancipirten Kinder des Erblaſſers berufen, oder vielmehr alle diejenigen leiblichen Deſcendenten deſſelben, welche vermöge des natürlichen Verwandtſchaftsverhältniſſes ſeine sui heredes ſein würden, und nur in Folge einer Auflöſung des in der väterlichen Gewalt beruhenden engeren römi-

38) L. 1. §. 11. D. de itinere actuque privato. (43. 19.)

39) L. 18. §. 1. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 6. C. de dolo malo. (2. 21.) L. 9. C. de his, quae vi metusve causa. (2. 20.) L. 13. C. de transactionibus. (2. 4.)

1) Die ausführlichſte neuere Monographie über dieſe Lehre iſt: K. Pfizer, über die Collation der Deſcendenten (Stuttgart 1807), S. 632. — Verdienſtlicher als dieſe weitläufige Schrift, worüber zu vergl. Heidelb. Jahrb. für Jurisprudenz, Bd. 1, S. 105—120, ſind Franke's Grundzüge der Lehre von der Collation, in deſſen civ. Abh. (Göttingen 1826), Nr. 4. — Quellen: Dig. de collatione (bonorum). (37. 6.) De dotis collatione. (37. 7.) Cod. de collationibus. (6. 20.)

2) Vergl. über die Geſchichte dieſes Inſtituts: Unterholzner, diss. pertractans historiam iur. rom. de collat. Altdrf. 1809. Kämmerer, Beiträge, Nr. 7; vorzüglich aber Franke a. a. O.

ſchen Familienbandes es nicht wirklich waren [3]), aber auch zur Zeit nicht etwa einer fremden Familie angehörten [4]); welcher letzte Umſtand nur in einem beſonderen Fall die Theilnahme an der bonorum possessio contra tabulas (commisso per alios edicto) nicht hinderte [5]). Der Kürze wegen wollen wir im Folgenden regelmäßig nur die Emancipirten nennen und darunter alle zu jener Kategorie gehörenden Deſcendenten begreifen. Die Tendenz des prätoriſchen Edicts war alſo dieſe: in Rückſicht der Beerbung des Vaters und väterlicher Aſcendenten die Folgen jener Ausſcheidung aus der angebornen Familie aufzuheben und den Getrennten ein Erbrecht zu gewähren, gleich als hätte die Trennung nicht ſtattgefunden. Dabei konnte nun aber eine wichtige Verſchiedenheit zwiſchen dem Verhältniß der Emancipirten und der sui heredes nicht unbeachtet bleiben. Die letzten, als welche bis zum Tode des Erblaſſers unter deſſen Gewalt geſtanden, hatten kein eigenes Vermögen erwerben können; was ſie irgend erworben, war Theil des väterlichen Vermögens geworden und was davon zur Zeit des Todes noch vorhanden, war Theil der väterlichen Erbſchaft. Die Emancipirten dagegen konnten ſeit ihrem Austritt aus der väterlichen Familie eigenes Vermögen erworben haben, welches ſie nun unabhängig von der väterlichen Erbſchaft beſaßen. Hätte nun der Prätor deſſen nicht achtend dieſelben gleichmäßig mit den suis heredibus erben laſſen, ſo wären ſie in der That vor dieſen auf eine ſehr unbillige Weiſe bevorzugt worden. Dieſer Unbilligkeit zu begegnen, hätte etwa beſtimmt werden mögen, es ſolle auch den suis heredibus der durch ſie dem Vater gemachte Erwerb ausſchließlich vorbehalten ſein. Dadurch aber wäre auf unangemeſſene Weiſe in die Conſequenz des Rechtes eingeſchnitten worden, und in einzelnen Fällen wären unvermeidlich große Schwierigkeiten entſtanden, zu ermitteln, was und wie viel denn von der hinterlaſſenen Erbſchaft aus Erwerbungen der Kinder herrühre. Einfacher und conſequenter war es, ſowie in Rückſicht des Erbrechtes der Emancipirten die nachtheilige Wirkung der Ausſcheidung aus der natürlichen Familie durch die Ertheilung der bonorum possessio beſeitigt wurde, eben ſo auch in Rückſicht des von denſelben erworbenen Vermögens Gleiches zu erzielen, als wenn jene Ausſcheidung nicht ſtattgefunden hätte. Daher wurde denjenigen, welche jenes dem Civilrecht widerſtreitende prätoriſche Erbrecht in Anſpruch nahmen, zur Pflicht gemacht, all ihr Vermögen, das, wofern ſie nicht aus der Familie ausgeſchieden wären, zur Erbſchaft gehören müßte, den miterbenden suis heredibus zu conferiren, d. h. in Beziehung zu ihnen ſo zu behandeln, als ob es wirklich Theil der gemeinſchaftlichen Erbſchaft wäre [6]).

Stellen wir uns zu näherer Betrachtung dieſer Anordnung zunächſt auf den Standpunkt des Rechtes, wie es zur Zeit der claſſiſchen Juris=

3) L. 1. §. 6. L. 3. pr. L. 6. 7. 14. §. 1. L. 21. D. de bon. poss. c. t. (37. 4.) L. 1. §. 5—7. L. 4—6. D. si tab. test. nulla. (38. 6.)

4) L. 3. §. 6—9. L. 6. §. 4. D. de b. p. c. tab. L. 4. 9. D. si tab.

5) L. 8. §. 11. L. 11. pr. D. de b. p. c. t. Vergl. auch L. 3. §. 9. D. ibid.

6) L. 1. pr. D. de collat.

prudenz ausgebildet war und in dem betreffenden Titel der Juſtinianiſchen Pandekten noch ungetrübt erſcheint, ſo finden wir folgende Grundſätze anerkannt:

Es kommt nicht darauf an, ob im einzelnen Fall der suus heres zur Vermehrung des väterlichen Vermögens durch ſeinen Erwerb beigetragen. Es ſoll die juriſtiſche Ungleichheit zwiſchen dem emancipatus und suus, welche durch des letzten Vermögensunfähigkeit begründet iſt, durch den allgemeinen Rechtsſatz ausgeglichen werden. Entſpricht dieß dem Vortheil des Emancipirten nicht, deſſen Vermögen vielleicht beträchtlicher iſt als die Erbſchaft, ſo mag er auf dieſe verzichten und das nach Civilrecht ausſchließliche Erbrecht der sui heredes nicht beeinträchtigen [7]).

Aber auch nur den suis heredibus ſoll der Emancipirte zu conferiren ſchuldig ſein [8]), und nur denjenigen, welche durch ſeine Concurrenz in der Beerbung des Vaters beſchränkt werden, in dem Verhältniß, in welchem dieß der Fall iſt [9]). So hat z. B. ein emancipirter Enkel zunächſt nur den gleichſtehenden suis heredibus deſſelben Stammes zu conferiren, da es für die übrigen Stämme völlig gleichgiltig iſt, ob als Miterbe in jenem Stamme Einer mehr oder weniger auftrete, wenn nur nicht der Emancipirte einen eigenen Stamm bildet [10]). Und ſo auch conferirt der emancipirte Vater, nach dem edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius, zunächſt nur den eigenen nicht emancipirten Kindern, mit welchen er zuſammen einen Erbſtamm bildet, und zwar ſo, daß er den Kindern zuſammen die Hälfte ſeines Vermögens mittheilen muß, die Hälfte für ſich behält, wie er auch den Stammtheil mit ihnen theilt [11]). Aus demſelben Grunde fällt die Collationsverbindlichkeit ganz weg, wenn der Emancipirte bonorum possessio gegen ein civilrechtlich giltiges Teſtament erlangt, in welchem der concurrirende suus nicht zu größerem Theile zum Erben eingeſetzt iſt, als ihm auch bei eintretender bonorum possessio contra tabulas verbleibt; denn alsdann wird ihm durch dieſe nichts von demjenigen entzogen, was er ohne dieſelbe, als eingeſetzter Erbe nach dem civilrechtlich giltigen Teſtament, erhalten haben würde; vielmehr kann ihm hier die Agnition der bonorum possessio von Seiten des präterirten Emancipatus ſogar vortheilhaft werden [12]). Und eben ſo findet nur pro parte die Collationsverbindlichkeit ſtatt, wenn der suus zwar auf einen größeren Erbtheil, als er bei der bonorum possessio behält, aber doch nicht auf das Ganze eingeſetzt iſt; wenn er z. B. auf drei Viertheile der Erbſchaft eingeſetzt worden, und nun durch das Zutreten des Emancipirten ein Vortheil ihm entzogen wird, ſo braucht dieſer auch nur nach gleichem Verhältniß zu conferiren [13]).

---

7) L. 2. §. 5. in f. D. h. t.
8) L. 3. §. 3. D. h. t. L. 11. Cod. h. t.
9) L. 1. §. 4. D. h. t.
10) Cf. L. 2. §. 6. 7. L. 7. 9. D. h. t.
11) L. 3. §. 6. D. h. t. L. 1. pr. §. 13—18. D. de coniung. cum. emanc. lib. (37. 8.) L. 5. pr. D. si tab.
12) L. 1. §. 4. D. h. t. cf. L. 8. §. 14. D. de b. p. c. t. Vgl. auch L. 20. §. 1. D. ibid.
13) L. 1. §. 3. D. h. t.

Emancipirte unter einander ſind nicht zur Collation verpflichtet. Unter ihnen beſteht nicht jene Rechtsungleichheit; allen Emancipirten aber iſt durch das prätoriſche Erbrecht ein bisher entbehrter Vortheil gewährt worden; und darin, daß der eine weniger als der andere eigenes Vermögen erworben habe, erkannte der Prätor keinen Grund zur Beſchwerde für jenen [14]). Selbſt wenn mehrere Emancipirte mit suis heredibus concurriren, ſo kommen doch bei der dieſen letzten von einem jeden der erſten zu leiſtenden Collation auch rückſichtlich der Theilbeſtimmung die übrigen Emancipirten nicht in Betracht; z. B. wenn zwei Emancipirte und zwei sui heredes vorhanden ſind, ſo hat jeder von den Emancipirten drei Theile des der Collation unterworfenen Vermögens zu machen, einen für ſich, zwei für die beiden sui heredes, gleich als erbte er mit dieſen allein, obwohl doch die väterliche Erbſchaft durch die Concurrenz des zweiten Emancipirten in vier Theile zerfällt [15]).

Die Collation beſchränkt ſich nur auf den Fall der bonorum possessio contra tabulas und unde liberi [16]); und zwar fand ſie auch hierbei nach dem Edicte nur unter der Vorausſetzung ſtatt, daß auch die sui heredes die bonorum possessio agnoſcirten, nicht blos mit ihrem Civilerbrecht ſich begnügten, auf welchen Umſtand jedoch nach der verſtändigen Interpretation ſpäterer Juriſten kein Gewicht mehr gelegt wurde [17]). Die teſtamentariſche Erbfolge war ſchon nach Civilrecht von jeher den Emancipirten wie den suis heredibus gleich zugänglich, und wenn hier der Teſtator eine Gleichſtellung beider, mit Rückſicht auf die bisherige Vermögensunfähigkeit der letzten, beabſichtigt, ſo mag er dieſe durch beſondere Verfügungen erwirken [18]). Sonſt erhält der Emancipirte unverkürzt den ihm angewieſenen Erbtheil, ex iudicio defuncti, ſo wie er auch im Fall der bonorum possessio contra tabulas nichts zu conferiren braucht, wenn er durch die Theilnahme an derſelben nicht mehr erhält, als ihm in dem angefochtenen Teſtament durch Erbeinſetzung oder Vermächtniß zugewendet worden [19]).

Die Collation iſt aber für die Collationspflichtigen nicht Bedingung der Agnition der bonorum possessio. Sie können dieſe ohne Weiteres agnoſciren und ſo auch ihren Erben ſichern. Aber in Folge davon tritt die Verbindlichkeit zur Collation ein [20]). Wegen Erfüllung derſelben ſoll nach dem Edicte Caution geleiſtet werden, und zwar mit Bürgen (satisdatio) oder doch durch Pfandbeſtellung [21]). Doch wird es natürlich ge=

---

14) L. 2. §. 5. D. h. t. L. 9. Cod. h. t.

15) L. 1. §. 24. L. 3. §. 2. D. h. t. Ueber L. 1. §. 16. D. de coniung. cum em. lib. vgl. Cuiac. obs. III. 29. Pfizer, §. 10.

16) L. 1. pr. cit. Cf. L. 20. §. 1. D. de bon. poss. c. tab.

17) L. 1. §. 1. 2. L. 10. D. h. t.

18) L. 6. D. de dot. collat. L. 1. cf. L. 7. Cod. h. t.

19) L. 1. §. 6. 7. D. h. t.

20) L. 3. pr. D. h. t. Vgl. Ulpian. XXVIII. 4. datur b. p., si parati sint cavere etc. Natürlich verweigerte der Prätor lieber gleich die Ertheilung der b. p., wenn die Petenten von vornherein ſich widerwillig zeigten.

21) L. 1. §. 9. D. h. t. cf. L. 5. §. 1—3. ibid.

nügend gefunden, wenn das fragliche Vermögen ſofort zur Theilung hingegeben oder der entſprechende Theil den Berechtigten ausgeantwortet [22]), oder auch auf andere Weiſe den Anſprüchen derſelben ſofort vollkommen Genüge geleiſtet wird [23]); nur können dieſe, ſofern über den Beſtand des Vermögens irgend eine Ungewißheit herrſcht, jedenfalls noch wegen vollſtändiger Erfüllung der Verbindlichkeit Sicherheit verlangen [24]). Dieſen Anforderungen nachzukommen, dazu wird der Collationspflichtige indirect dadurch angehalten, daß ihm widrigenfalls der Vortheil der bonorum possessio entzogen werden kann. Es werden ihm die fictitiae actiones, welche ſonſt dem bonorum possessor zu Gebote ſtehen [25]), und natürlich eben ſo auch die exceptiones, welche er ſonſt dem als alleinigen Civilerben klagenden suus heres entgegenſetzen könnte [26]), denegirt, und ſo wird denn das Civilerbrecht des suus heres von der beſchränkenden Concurrenz des Emancipirten befreit [27]). Und zwar gewährt es, wenn etwa von mehreren Emancipirten, die bereits bonorum possessio agnoſcirt haben, der eine oder andere nicht cavirt oder conferirt, nur den Collationsberechtigten einen Zuwachs der Erbſchaft [28]); es tritt nicht für alle Miterben ius accrescendi ein, als hätte jener Emancipirte die bonorum possessio gar nicht erworben [29]). Dagegen werden dem Emancipirten die Erbſchaftsklagen gänzlich denegirt, wenn er auch nur einem von mehreren Collationsberechtigten das Erforderliche nicht leiſtet [30]). Jedoch nur dann findet dieſe Strenge Anwendung, wenn der Collationspflichtige böslicher ungehorſamer Weiſe (per contumaciam) die Caution vorenthält [31]), und ſelbſt dann kann er doch durch nachträgliche Cautionsleiſtung ſeine Erbanſprüche wieder zu Kräften bringen [32]). Wenn er nur aus Unvermögen der Auflage nicht alsbald genügt, ſo wird jede mögliche ſchonende Rückſicht für ihn genommen, und nöthigenfalls durch Beſtellung eines Curators für ſeinen Erbtheil geholfen [33]). Uebrigens kann die Caution auch ſchon vor Agnition der bonorum possessio geleiſtet werden; dann aber

---

22) L. 1. §. 12. ibid. Aut enim re aut cautione facienda collatio est. Vgl. Paulli sent. V. 9. §. 4. Emancipati ... de conferendo cavere cum satisdatione debebunt. Quodsi satisdare non possunt, statim ex fide bonorum confusionem... facere cogendi sunt.

23) L. 1. §. 12. ibid. Z. B. Si tantum forte ex bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet; oder: si nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

24) L. 1. §. 11. cit. Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio; si non constet ... tunc propter incertum cautio erit interponenda.

25) Ulp. XXVIII. 12. Cai. IV. 34.

26) L. 15. D. de b. p. c. t. L. 2. D. de except. rei iud.

27) L. 3. pr. in f. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. cf. L. 8. D. h. t.

28) L. 2. §. 8. D. h. t.

29) L. 3. §. 9. L. 5. D. de bon. poss. (37. 1.)

30) L. 1. §. 13. D. h. t.

31) L. 1. §. 13. cit.

32) L. 1. §. 10. in f. ibid. cf. L. 8. ibid.

33) L. 1. §. 10. 13. L. 2. §. 9. D. h. t.

iſt ſie nur bindend, unter der Vorausſetzung, daß dieſe wirklich nachfolge; und wenn der Emancipirte reell conferirt hat, agnoſcirt aber nachher die bonorum possessio nicht, ſo ſteht ihm die condictio des Gegebenen zu[34]). Wenn er dagegen einmal die bonorum possessio erworben und Caution geleiſtet hat, ſo kann er nicht mehr willkürlich zurücktreten, ſondern es kann nunmehr aus dem Cautionsverſprechen wegen Nichtleiſtung geklagt werden[35]).

Die Collationsverbindlichkeit geht auf die Erben des Emancipirten über, inſofern das Erbrecht deſſelben ihnen zu gut kommt, wenn er nach bereits agnoſcirter bonorum possessio geſtorben iſt[36]). Eben ſo können andererſeits auch die Erben des suus heres ſie noch in Anſpruch nehmen[37]). Es kann aber auch die Verbindlichkeit zu conferiren einen Anderen treffen, in deſſen Gewalt nämlich der zur bonorum possessio berufene Extraneus ſich befindet. Dieß kommt vor, wenn der Vater den Sohn emancipirt, den Enkel von dieſem Sohne aber in ſeiner Gewalt zurückbehalten hat, und nun der Sohn mit Hinterlaſſung von sui heredes vor jenen beiden geſtorben iſt. Hier wird dem Enkel die bonorum possessio des natürlichen Vaters ſowohl ex edicto unde liberi als contra tabulas deferirt, weil er, obwohl noch in der väterlichen Gewalt des Großvaters, doch nicht in aliena familia ſich befindet[38]). Er kann aber als homo alieni iuris nach claſſiſchem Rechte nur dem Großvater auf deſſen Geheiß die bonorum possessio erwerben, ſo wie auch, was er bisher erworben, nur in des Großvaters Vermögen gekommen war. Will nun hier der Großvater durch den Enkel an der Erbſchaft Theil haben, ſo muß er auch für denſelben conferiren. Indeſſen ſteht es ihm frei, den Enkel zu emancipiren, damit dieſer für ſich ſelbſt die Erbſchaft annehme[39]). Ebenſo verhält es ſich in dem Falle, wenn ein in fremder Adoptivfamilie befindlicher Sohn als eingeſetzter Erbe commisso per alios edicto an der bonorum possessio contra tabulas Theil nimmt[40]). Inſofern durch ihn der Adoptivvater erwirbt, muß dieſer auch für ihn conferiren; derſelbe kann ihn aber auch emancipiren und ſelbſtſtändig die bonorum possessio agnoſciren laſſen; nur darf dieſes nicht betrüglicher Weiſe geſchehen[41]).

---

34) L. 3. §. 5. D. h. t.
35) L. 5. §. 1—3. D. h. t.
36) Arg. L. 3. pr. D. h. t.
37) L. 1. §. 8. D. h. t. Dieſe Stelle erkennt dem Erben des suus nur dann den Anſpruch auf Collation zu, wenn der letzte bonorum possessio agnoſcirt hatte. Wenn aber anerkannt wird, daß dem suus auch ohne Agnition der bon. possessio der Anſpruch auf Collation zuſtehe, ſo wäre es nicht conſequent, dem Erben deſſelben dieſen Anſpruch nicht eben ſo zuzuerkennen, wo der suus z. B. in Ermangelung eines civilrechtlich giltigen Teſtamentes als Inteſtaterbe die Erbſchaft ipso iure erworben hatte, und nun darin durch die Concurrenz des Emancipirten eine Beſchränkung erlitt. — Cf. L. 14. Cod. h. t.
38) L. 7. 21. D. de b. p. c. t. L. 6. D. si tab.
39) L. 6. cit. L. 5. pr. D. h. t.
40) Vgl. Note 5.
41) L. 1. §. 14. L. 5. pr. in f. D. h. t. cf. L. 2. D. de dot. collat.

Beſonders wichtig iſt nun noch, den Gegenſtand dieſer Collation der Emancipirten genauer zu beſtimmen, was von ſelbſt auch auf die ſpätere Geſtaltung dieſer Lehre, nach der Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz, führen wird. Regel iſt: es ſoll Alles conferirt werden, was der Emancipirte Eigenes hat, was aber, wenn er es als suus heres hätte, Theil der väterlichen Erbſchaft und nicht ihm ausſchließlich vorbehalten wäre[42]). Daher mußte nun nach älterem Rechte regelmäßig alles Vermögen conferirt werden, was der Emancipirte zur Zeit des Todes des Erblaſſers hatte[43]), mit Inbegriff aber auch desjenigen, deſſen er dolo malo ſich entäußert hatte[44]); dagegen mit Ausſchließung alles ſpäter Erworbenen, ſofern dieſes nicht als bloßer Zuwachs von jenem zu betrachten iſt[45]). Durch den Tod des Erblaſſers ſind ſofort auch die sui heredes ſelbſtſtändig und erwerbfähig geworden, und es fehlt alſo in Anſehung ſpäterer Erwerbungen der emancipirten Miterben der Grund der Collation[46]). Darauf kommt es übrigens nicht an, ob durch den Emancipirten das fragliche Vermögen auch, wenn er nicht emancipirt worden wäre, hätte erworben werden können; es wird z. B. auch die quarta, welche ex rescripto D. Pii dem arrogirten Unmündigen erworben wird, als Collationsgegenſtand bezeichnet, obwohl doch der Unmündige, ohne vorher aus des natürlichen Vaters Gewalt ausgetreten zu ſein, nicht arrogirt werden, alſo auch jenen Erwerb nicht machen kann[47]).

Ausgenommen von der Collation iſt aber gemäß dem angegebenen Princip a) die dem Emancipirten zuſtehende actio iniuriarum[48]). Obwohl auf Bezahlung einer Geldſtrafe gerichtet, wird dieſe doch nicht als

42) L. 52. §. 8. D. pro socio. (17. 2.)

43) L. 1. pr. L. 3. §. 3. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. = Ulpian. l. c.; deducto aere alieno. L. 2. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 20. ibid. Ueber bedingte Forderungen und Schulden vergl. L. 2. §. 1. 3. ibid. In §. 3. cit. iſt zu interpungiren: Id quoque, quod sub conditione ex stipulatu debetur emancipato, conferri debet. Diversum est in legato conditionali, quia etsi in potestate fuisset et post mortem patris conditio extitisset, ipse actionem haberet. Dagegen ein legatum ex die betreffend vgl. L. 1. §. 18. ibid. Si emancipato legatum fuerit, quum pater morietur, etiam hoc conferre debet.

44) L. 1. §. 23. D. h. t.

45) Z. B. insula in flumine nata, alluvio etc., auch Früchte. Dieß folgt von ſelbſt daraus, daß das zur Todeszeit vorhandene Vermögen als zur väterlichen Erbſchaft gehörend behandelt werden ſoll. Vgl. oben Note 6. L. 5. §. 1. D. de dot. collat. und unten Note 182. Dagegen kommt wie die accessio ſo auch die decessio in Betracht, ſofern ſie sine dolo et culpa des Collationspflichtigen eintritt. L. 3. §. 2. D. h. t. cf. L. 20. §. 3. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 178. §. 1. D. de V. S.

46) L. 15. Cod. h. t. Man bemerke jedoch L. 2. pr. D. h. t... nepotem postumum.... bona sua conferre, licet non potest dici, mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat; und L. 1. §. 17. ibid. Qui ab hostibus captus post mortem patris rediit, licet moriente patre nihil habuit, quum apud hostes fuerit, tamen ... conferet scilicet ea, quae moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset.

47) L. 1. §. 21. D. h. t.

48) L. 2. §. 4. D. h. t.

ein Vermögensobject angeſehen, ſondern nur als Mittel, für perſönliche Kränkung Genugthuung zu erlangen[49]); ſie ſteht deßhalb auch dem suus heres wegen der ſchon vor des Vaters Tode erlittenen Ehrenverletzung ſelbſtſtändig und ausſchließlich zu[50]), und conſequent iſt ſie denn auch nicht zu conferiren. b) Dasjenige, was dem Emancipirten dignitatis nomine, d. i. zur Beſtreitung des mit Bekleidung einer öffentlichen Würde verbundenen Aufwandes gegeben worden; denn dieſes ſollte auch dem suus heres vorbehalten, ja ſelbſt das noch blos (vom Vater) Verſprochene aus der Erbſchaft geleiſtet werden[51]). c) Die dos, welche dem Emancipirten als Ehemann beſtellt worden. Denn auch der filiusfamilias behält die für ſeine Ehe beſtellte Dos ausſchließlich, wie das onus matrimonii auf ihn allein übergeht[52]). d) Die bona castrensia, oder dasjenige Vermögen, welches für den suus heres ein castrense peculium gebildet haben würde, und als ſolches auch dieſem nach des Vaters Tode ausſchließlich zu eigen bleiben würde, wie er ſchon bei Lebzeiten des Vaters in Anſehung deſſelben als paterfamilias gilt[53]). Dieſem castrense peculium aber iſt auch das quasi castrense gleichzuſtellen, und dieſes wird auch in den Digeſten ſchon rückſichtlich unſerer Frage ausgeſprochen[54]), ſei es nun durch Interpolation, oder weil ſchon zu Ulpian's Zeit ein quasi castrense peculium als Analogon des castrense unterſchieden worden[55]).

Nach demſelben Princip mußte nun aber die Collationsverbindlichkeit rückſichtlich ihres Gegenſtandes noch bedeutendere Einſchränkung erfahren, ſeitdem den Kindern in der väterlichen Gewalt zuerſt an gewiſſen Arten von Vermögenserwerb, durch Juſtinian endlich an allem nicht vom Vater herrührenden Erwerbe das Eigenthum vorbehalten und nur Verwaltung und Nießbrauch deſſelben dem Vater kraft der väterlichen Gewalt belaſſen worden[56]). Alle ſogenannten bona adventitia des Emancipirten müſſen

---

49) Magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. Cf. L. 28. D. de iniuriis. (47. 10.)

50) L. 17. §. 22. D. de iniuriis.

51) L. 1. §. 16. D. h. t.

52) L. 3. §. 4. D. h. t. Quare, sicut is qui in potestate est, dotem uxoris praecipit, ita emancipatus quoque, quasi praecipiat, retinere debet. Cf. L. 1. §. 20. ibid. — Ein anderer Grund iſt es, warum der Emancipirte die ſeiner Tochter beſtellte dos nicht zu conferiren braucht: quia in bonis eius non est. L. 1. §. 9. D. de dot. collat. L. 4. D. h. t. — Eine Frage, welche eigentlich gar nicht die Collation betrifft, ſondern die Rückerſtattung der dos nach Auflöſung der Ehe, wird in L. 6. D. h. t. behandelt.

53) L. 1. §. 15. 22. D. h. t. L. 52. §. 8. D. pro socio. L. 54. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 4. pr. D. de castrensi peculio. (49. 17.) Vgl. Paull. sent. V. 9. §. 4: Excepto peculio castrensi. Fragm. de iure fisci, §. 10: Excepto castrensi peculio bona sua conferre debebunt. In dieſen beiden Stellen wird alſo quod in castris fuerit acquisitum oder die castrensis pecunia (L. 54. cit.) auch bei Emancipirten geradezu peculium genannt. Vgl. auch L. 1. §. 15. cit.

54) L. 1. §. 15. D. cit.

55) Vgl. Zimmern, Rechtsgeſchichte, Bd. 1, §. 188.

56) Tit. Cod. de bonis maternis et materni generis. (6. 60.) und de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur. (6. 61.)

nach dieſen Juſtinianiſchen Beſtimmungen von der Collation ausgenommen ſein, weil dieſelben auch den sui heredes verbleiben. Dieſes wird auch klar genug von Juſtinian ſelbſt angedeutet in einer Conſtitution, welche zwar zunächſt nur das Verhältniß mehrerer in der Gewalt gebliebener Kinder zu einander im Auge zu haben ſcheint, gleichwohl aber vollkommen beſtätigt, was die Conſequenz des Rechtes erheiſcht [57]). Der vom Vater herrührende Erwerb der Kinder aber, die ſogenannten bona profectitia, bleibt immer noch als Gegenſtand der Collation übrig, ſofern er nicht unter eine andere Ausnahme fällt (num. b. d.). Auch dieſes wird ganz beſtimmt ausgeſprochen durch den Schlußſatz der unter Nr. 3 näher zu beſprechenden L. 17. Cod. h. t. vom J. 467, welcher höchſtwahrſcheinlich von den Juſtinianiſchen Compilatoren interpolirt worden iſt, und unter dieſer Vorausſetzung gerade um ſo ſchlagender beweiſt, daß im Juſtinianiſchen Rechte noch eine beſondere Collationspflicht der Emancipirten in der angegebenen Beziehung anerkannt ſei [58]). Zwar läßt ſich ein Bedenken dagegen erheben, weil nach neuerem Rechte den in der Gewalt befindlichen Kindern die ihnen vom Vater gegebenen bis zum Tode nicht widerrufenen Geſchenke als Voraus zugeſprochen ſeien [59]), alſo auch in Anſehung der profectitia bona der Grund der Collation weggefallen ſei. Allein dieſer Satz ſelbſt, ſo entſchieden er in älteren Reſcripten ausgeſprochen worden [60]), iſt im Juſtinianiſchen Codex bei weitem nicht ſo unzweifelhaft anerkannt, als eben diejenige Rechtsvorſchrift, welche dadurch

---

57) L. 21. Cod. de collat... Res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci iuris auctoritate minime cogebantur, ita et alias res, quae minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere censemus.

58) L. 17. Cod. h. t. Emancipatis videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum ea quae in ipsa emancipatione a parentibus suis, ut adsolet fieri, consequuntur, vel post emancipationem ab eisdem parentibus acquisierint, collaturis. Zu Leo's Zeit war die Beſchränkung auf den vom Vater herrührenden Erwerb noch nicht paſſend. Cf. L. 4. 5. C. de bonis quae liberis. (6. 61.) — Franke, S. 223, verſteht unter den praecedentes leges diejenigen, welche den Erwerb des Vaters durch den filiusfamilias beſchränkt haben. Dann müßten auch dieſe Worte interpolirt ſein. Näher aber liegt es nach dem ſpäteren Sprachgebrauche die Worte leges praecedentes auf das bisherige Recht überhaupt zu beziehen, und man braucht dann nur die Worte ab eisdem parentibus für interpolirt zu halten. Es wäre doch auch ſehr ſeltſam, wenn die Compilatoren im Context einer Leoniſchen Conſtitution weit ſpätere Conſtitutionen, die im erſten Codex noch gar nicht ſtanden und im codex repetitae praelectionis in einem ſpäteren Titel (6. 61.) vorkommen, leges praecedentes genannt hätten.

59) Den Beweis für die Anerkennung dieſes Satzes im Juſtinianiſchen Rechte findet man in L. 18. Cod. fam. ercisc. (3. 36.) L. 2. Cod. de inoff. donat. (3. 29.) L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. (5. 16.)

60) Vat. fragm. §. 274. 277. 278. 281. (theils von Diocletian und Conſtantius, theils von Conſtantinus.) L. 2. Greg. Cod. fam. ercisc. (von Valerian und Gallienus.) Vgl. auch Paulli sent. V. 11. §. 3. Anders noch Papinian in Vat. fragm. §. 294. 296. und Sev. et Antonin. in §. 295. ibidem.

zweifelhaft gemacht werden ſoll[61]); vielmehr findet ſich gerade in dem Titel über Collation eine Conſtitution, welche nach der einfachſten Erklärung jenem Satze durchaus widerſpricht[62]). Wenn er nun auch für richtig gehalten wird, ſo muß doch neben demſelben der klar ausgeſprochene andere Satz noch gelten, daß Emancipirte die vom Vater empfangenen Gaben conferiren müſſen[63]). Und dieſer läßt ſich auch dann noch wohl rechtfertigen. Die Schenkung des Vaters an das Kind iſt ein juriſtiſch ganz ungiltiger Act[64]); der Vater kann über das Geſchenkte noch eben ſo, wie vorher, als über ſein Eigenthum vollkommen frei verfügen; er bedarf nicht eines ausdrücklich erklärten Widerrufes, um daſſelbe zurückzunehmen. Wenn er nun ungeachtet dieſes ihm bis zum Tode gebliebenen freien Verfügungsrechtes nichts vornimmt, woraus der Wille, die Schenkung zurückzunehmen, ſich erkennen ließe, ſo darf man dieſes wohl als ein Zeichen betrachten, daß er dem beſchenkten Kinde das Geſchenk als praecipuum aus der Erbſchaft zugedacht habe. Anders verhält es ſich, wenn der Vater dem emancipirten Kinde geſchenkt hat. Dieſem iſt das Geſchenkte ſofort vollkommen giltig erworben und kann ihm nicht willkürlich wieder entzogen werden[65]). Es kann alſo aus der Unterlaſſung des ihm nicht

---

61) Er wird entſchieden verneint von Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 375—378. Vgl. damit Franke a. a. O. S. 228—241.

62) L. 13. Cod. h. t. Si donatione tibi post mortem patris fundum quaesisti, soror tua portionem eius vindicare non potest. Nam si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens eum praecipuum habere contra ius postulas (Diocl. et Maxim.). Unzweifelhaft bezog ſich dieſes Reſcript in ſeiner urſprünglichen Faſſung gar nicht auf unſere Frage, ſondern berührte nur den Gegenſatz der beiden Fälle, wenn nach oder vor dem Tode des Vaters der sua heres ein Grundſtück von irgend einem Dritten geſchenkt worden war. Die Compilatoren, bemerkend, daß die Entſcheidung des zweiten Falles dem Juſtinianiſchen Rechte nicht mehr entſpreche, interpolirten die Worte a patre, um dadurch die Beziehung derſelben auf bona adventitia auszuſchließen. Unzweifelhaft nenne ich dieſes, weil ſonſt die Conſtitution im Widerſpruche ſteht mit anderen Reſcripten deſſelben Kaiſers (Note 60), weil ſonſt auch kein reiner Gegenſatz zwiſchen dem erſten (post mortem patris) und dem zweiten Falle (filiaefamilias constitutae) ſich herausſtellt, und weil ſchon die Faſſung des zweiten Satzes, wie ſie uns vorliegt, die Interpolation deutlich verräth (a patre donatus.. cum sorore patri communi succedens). Ueber verſchiedene verunglückte Verſuche, dieſer Stelle zu helfen, vergl. Franke, S. 235—237. Die obige Vermuthung hat auch Mayer a. a. O., nur weniger entſchieden, ausgeſprochen: kann man kaum umhin, bei L. 13. an eine Interpolation zu denken. Um ſo beweiſender iſt ſie für das Juſtinianiſche Recht — nämlich für die Anſicht, daß nach dieſem die a patre donata nicht ein praecipuum der beſchenkten sui heredes ſind. Und allerdings muß man den Compilatoren eine große Gedankenloſigkeit Schuld geben, wenn ſie bei Anerkennung der entgegengeſetzten Anſicht doch hier die Worte a patre eingeſchaltet haben ſollten.

63) Klar ausgeſprochen iſt er in L. 17. cit., indirect angedeutet in L. 11. D. h. t. L. 1. Cod. h. t., ja durch die Aufnahme aller die Collation der Emancipirten betreffenden Stellen des Codex und der Pandekten. Vgl. Mayer a. a. O. S. 379.

64) L. 11. 17. Cod. de donat. (8. 54.)

65) L. 11. in f. L. 17. cit. Vat. fragm. §. 279.

zuſtehenden Widerrufes kein Schluß auf ſeine letzte Willensmeinung abgeleitet werden. Er könnte zwar erklären, dem Beſchenkten ſolle das Geſchenk auf ſeinen Erbtheil angerechnet werden; allein dieß ſetzt ſchon eine ausdrücklich mit Beziehung auf den Todesfall getroffene Verfügung voraus, die bei Geſchenken an die Hauskinder nicht nothwendig iſt. In der That alſo wäre keine rechtliche Gleichheit zwiſchen den sui heredes und den emancipirten Kindern, wenn nunmehr die letzten alle vom Erblaſſer einmal empfangenen Geſchenke nicht zu conferiren brauchten, wofern derſelbe ihnen dieſe Laſt nicht auferlegt hätte, während jenen oft Geſchenke gemacht und eben ſo oft wieder entzogen ſein können. Ferner kommt auch dieſes in Betracht: dem Hauskinde kann der Vater mancherlei Vermögensobjecte in die Hände geben oder zur Disposition übergeben, er kann ihm ein Peculium einräumen, ohne daß darin eine donatio zu finden wäre. Nicht jede Gabe des Vaters an den Sohn kann man als eine donatio anſehen, welche dieſem ein praecipuum gewähre, falls ſie nicht zurückgenommen werde; vielmehr gehört dazu ohne Zweifel die Abſicht, eine wahre Schenkung vorzunehmen, wenn gleich dieſe mit vollkommenem juriſtiſchen Effect nicht ſtatthaben kann [66]). Dem emancipirten Kinde, bei welchem von einem Peculium keine Rede ſein kann, iſt aber Alles wahrhaft geſchenkt, was ihm der Vater ohne Vorbehalt gegeben hat, und ſo kann es leicht der Fall ſein, daß dem Emancipirten etwas geſchenkt worden, was, wenn er noch in potestate wäre, nur als gewöhnliches Peculium zu betrachten und daher ihm nicht als praecipuum zuzuſprechen wäre. Auch in dieſer Beziehung ſcheint es denn angemeſſen, um der vollen rechtlichen Gleichheit willen, daß dem Emancipirten noch die Collation der vom Vater empfangenen Geſchenke auferlegt werde, wogegen dann aber auch der Vorbehalt der sui heredes billig nicht geltend gemacht werden darf [67]).

Aber ſoll die Gleichſtellung vollkommen ſein, ſo darf man, wie es ſcheint, nach dem Rechte des Juſtinianiſchen Codex nicht bei der Collation der ſogenannten bona profectitia ſtehen bleiben. Auch in Anſehung der ſogenannten bona adventitia haben die Emancipirten immer noch einen bedeutenden Vortheil vor den in der Gewalt gebliebenen Kindern voraus, den Vortheil nämlich, daß ſie bereits bei Lebzeiten des Vaters die Nutzung derſelben haben, welche an den bona adventitia der sui heredes bis zu ſeinem Tode dem Vater zuſtand [68]). Conſequent wäre es demnach,

66) Vat. fragm. §. 278: Perfectas donationes. L. 2. Greg. Cod. cit.; Donandi animo. Cf. L. 4. §. 2. L. 8. D. de peculio. (15. 1.)

67) Dieß, glaubt Franke a. a. O., ſei die Bedeutung der L. 13. Cod. h. t., und aus dieſem Geſichtspunkte ſei deren Aufnahme in den tit. de collat. zu erklären. Aber die urſprüngliche Bedeutung der Conſtitution war es gewiß nicht; denn dieſe ſpricht ja gar nicht von Emancipirten, und ihr Urheber konnte nicht vorausſehen, daß ſie einmal in einem titulus de collationibus ihren Platz erhalten würde.

68) L. 6. pr. §. 2. Cod. de bonis quae lib. Nur die Hälfte des Nießbrauches an den zur Zeit der Emancipation ſchon erworbenen bona adventitia kann der Vater auch nach der Emancipation als praemium emancipationis behalten. L. 6. §. 3. l. c.

dem Emancipirten auch noch die Collation des Uſusfructus von demjenigen Vermögen aufzulegen, welches, wenn er in der Gewalt des Vaters geſtanden, dem Nießbrauche deſſelben unterworfen geweſen wäre, oder vielmehr, genauer zu reden, die Collation desjenigen Erwerbes, welchen er mittels der ihm als Emancipirten zuſtehenden ſelbſtſtändigen Nutzung jenes Vermögens gemacht hat, eben daher aber als filiusfamilias nicht gemacht haben würde[69]). Damit ſtimmt auch ſehr wohl überein die Aeußerung Juſtinian's in L. 21. Cod. h. t., wornach die res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, der Collation nicht unterworfen ſein ſollen; denn zu dieſen Sachen gehört eben das durch die Nutzung der bona adventitia Gewonnene nicht. Eine ausdrückliche Beſtätigung aber dieſer Conſequenz enthalten die Baſiliken[70]) und Harmenopulus[71]), deren Ausſpruch, wenn gleich für uns ohne geſetzlich bindende Kraft, doch als Zeugniß über die ſpätere Auffaſſung des Verhältniſſes eine große Autorität hat. Eben ſo iſt denn auch von verſchiedenen Rechtsgelehrten älterer und neueſter Zeit die Collationsverbindlichkeit der Emancipirten rückſichtlich des Uſusfructus der bona adventitia anerkannt worden[72]). Dagegen aber hat man erinnert, es könne davon aus dem Grunde nicht die Rede ſein, weil nach L. 11. D. de collat. überall nicht conferirt zu werden brauche, was nach dem Tode des Vaters dem Sohne herauszugeben ſei, ſollte er daſſelbe auch ſchon früher erhalten haben; weil zudem nach L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae lib. auch von dem suus die Früchte der Adventitien lucrirt werden, wenn der Hausvater ſie ihm über-

---

69) Der Betrag iſt zu beſtimmen mit Rückſicht auf den Zeitpunkt des Todes. Vergl. oben Note 42—47. Franke, S. 241. In den Fällen, welche in Note 39—41 vorkommen, hätte eben ſo derjenige, in deſſen Gewalt der collationspflichtige Erbe ſich befindet, zu conferiren, was er durch den ihm kraft der väterlichen Gewalt zuſtehenden Nießbrauch der bona adventitia gewonnen hat.

70) Lib. 43. 36., edit. Fabroti. tom. V. p. 516, wo aus L. ult. Cod. h. t. die Folgerung abgeleitet wird: *Σήμερον τοίνυν οὐδὲν ἕτερον συνεισφέρουσι τοῖς ἰδίοις ἀδελφοῖς οἱ παῖδες οἱ αὐτεξούσιοι, εἰ μὴ μόνον τὰ ἀπὸ πραγμάτων γονικῶν καὶ τὴν χρῆσιν· ταῦτα γὰρ ἤμελλεν εἰ ἦσαν ὑπεξούσιοι προσπορίζειν.*

71) Prochiron lib. V. tit. 8. §. 25.

72) Vgl. Franke a. a. O., insbeſondere S. 217, Note 55. Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes (8. Aufl.), §. 884, Nr. 2. Andere erkennen die Conſequenz dieſer Anſicht wohl an, glauben aber mit Zimmern in Schunk's Jahrb. Bd. 6, S. 47, die Conſequenz werde hier inconſequent, indem ſie auf die höchſte Spitze getrieben werde. Mühlenbruch, doctrina pand. edit. IV. §. 720. not. 7. Wening-Ingenheim, Lehrb. (5. Aufl.), §. 512, Note z. Allein was Zimmern für ſeine Meinung anführt, iſt in der That juriſtiſch ſehr unbedeutend. Daß die filiifamilias in ihres Vaters Brot ſtehen, die emancipati ſich ſelbſt ernähren müſſen, kommt nicht in Betracht, weil ja die Letzten, was ſie verzehrt haben, jedenfalls nicht zu conferiren brauchen (Note 69), ſondern was ſie zurückgelegt haben. Die Schwierigkeit der Ausmittelung des Letzten läßt ſich gewiß für viele Fälle nicht leugnen; aber ſie iſt eine nur factiſche Schwierigkeit, die in manchen anderen Fällen oft in nicht geringerem Grade vorkommt. Auch wird ſie in ſehr vielen Fällen gar nicht ſo groß ſein.

laſſe[73]). Allein dieſe Gegengründe ſcheinen nicht zutreffend. In L. 11. cit. will Paullus nur eine falſche Anwendung des Grundſatzes abwenden, daß der Emancipirte alles vor dem Tode des Vaters erworbene Vermögen conferiren müſſe. Iſt nämlich darunter Etwas, was ihm nach dem Tode des Vaters gegeben werden müßte, was ihm aber freiwillig ſchon früher gegeben worden, ſo ſoll er dieſes nicht zu conferiren ſchuldig ſein; denn er beſitzt es jetzt nicht mehr wegen der Schenkung, die darin lag, daß es ihm früher gegeben wurde, ſondern wegen des Rechtsanſpruches, der erſt in die Zeit nach dem Tode fällt. Paullus ſcheint dabei einen Fall der Art im Auge gehabt zu haben, wie er in L. 1. §. 19. D. h. t. vorkommt; denn nur in einem ſolchen anomalen Falle konnte nach claſſiſchem Rechte von einem Anſpruche der Hauskinder auf Herausgabe eines Vermögensobjectes nach dem Tode des Vaters die Rede ſein. Es geht aber hieraus von ſelbſt hervor, daß L. 11. eben nur auf dasjenige ſich bezieht, was nach dem Tode des Vaters herausgegeben werden mußte, nicht auch auf dasjenige, was vermittelſt deſſen ſonſt irgend ſchon vor dem Tode des Vaters erworben worden iſt, wofern nicht nach der beſonderen Natur des Rechtsverhältniſſes, wie bei einem Fideicommiß der Fall ſein kann, auch dieſes mit in jenem begriffen ſein ſoll. Auch L. 6. §. 2. Cod. cit. kann eine Einwendung gegen unſere oben aufgeſtellte Anſicht nicht begründen. Allerdings ſagt das Geſetz: wenn der Vater die ſogen. bona adventitia dem Kinde zum Genuß überlaſſen habe, ſo ſollen nachher andere Erben kein Recht haben, eundem usumfructum vel quod ex hoc ad filiosfamilias pervenit, utpote patri debitum sibi vindicare, sed quasi diuturna donatione in filium celebranda... ita causa intelligatur, ut eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur. Aber darin iſt ja offenbar vorausgeſetzt, daß der Vater freiwillig und ohne Widerruf bis zum Tode (quasi diuturna donatione) dem Kinde den eigenen Genuß ſeines Erwerbes verſtattet habe. Dem kann unmöglich der Fall gleichgeſtellt werden, wenn der Emancipirte eigenes Vermögen erworben hat, deſſen Nutzung ihm der Vater gar nicht entziehen kann. Nur wenn dieſer auf irgend eine Weiſe an den Tag legte, daß er den freien Gebrauch auch dann dem Sohne geſtatten würde, wenn er ihm denſelben zu entziehen das Recht hätte, könnte man eine Parallele mit jenem Fall gelten laſſen.

Nach allem dieſen müſſen wir alſo die Behauptung feſthalten, daß nach dem Juſtinianiſchen Codex noch eine eigenthümliche Collationspflicht der Emancipirten im Verhältniß zu den mit ihnen concurrirenden sui heredes beſtand, welche ſich auf allen Erwerb erſtreckte, der, wenn ſie filiifamilias geblieben wären, Vermögen des Vaters ſein würde, d. i. auf die ſogenannten bona profectitia und auf den Gewinn aus der eigenen Nutzung der ſogen. bona adventitia, welche dem Nießbrauche des Vaters unterworfen geweſen wären. In demſelben Umfange iſt nach dem Rechte des Codex die Collationsverbindlichkeit auch in dem Falle zu be-

73) Mayer, Erbrecht, Bd. 1, §. 126, Note 11, S. 380. Pfizer, §. 151.

haupten, wenn Söhne mit Erhaltung ihrer Agnations- und Suitätsrechte emancipirt worden ſind, alſo nicht blos durch bonorum possessio, ſondern auch als sui heredes ab intestato mit anderen in der Gewalt des Vaters zurückgebliebenen Kindern concurriren, wie denn in dieſem Falle auch der Grund der Collationsverbindlichkeit der Emancipirten mit gleicher Stärke eintrat[74]. Uebrigens ſind die früher aufgeſtellten Grundſätze noch im Juſtinianiſchen Rechte anzuerkennen, ſo weit nicht durch die Beſchränkung des Umfanges der Collation und die veränderte Stellung der Kinder in der väterlichen Gewalt Modificationen darin von ſelbſt bewirkt worden ſind.

Nun aber iſt noch die Frage, ob dieſelben Grundſätze auch nach dem Juſtinianiſchen Novellenrechte noch beſtehen geblieben ſeien?

In Nov. 18. cap. 6. a. E. hat Juſtinian noch ausdrücklich ausgeſprochen, daß alles von ihm früher über die Collation Verordnete fernerhin bei Kräften bleiben ſolle[75]. Aber durch Nov. 115. und Nov. 118., hat man behauptet, ſei die eigenthümliche Collation der Emancipirten gänzlich weggefallen. Der Hauptgrund dafür iſt dieſer, daß nach jenen Geſetzen die Emancipirten überall nicht mehr der bonorum possessio bedürfen, um mit den sui heredes zur Erbfolge zu gelangen, nur bei der bonorum possessio aber denſelben die Collation zur Pflicht gemacht worden ſei[76]. Dieſer Grund jedoch iſt durchaus ungenügend. Nicht die prätoriſche Natur der Erbfolge, welche den Emancipirten gewährt wurde, kam als weſentliches Moment in den Motiven der Beſtimmungen über Collationspflicht in Betracht. Nur der Umſtand, daß ihnen überhaupt eine Erbfolge eingeräumt wurde, wodurch ſie im Reſultate den sui heredes gleichgeſtellt werden ſollten und gleichgeſtellt wurden, in Verbindung mit der unter ihnen und dieſen beſtehenden Rechtsungleichheit rückſichtlich des Erwerbes, enthielt den Grund jener Beſtimmungen. Hätte der Prätor ein civiles Erbrecht verleihen können, oder wäre durch eine Lex ein gleiches Erbrecht der Emancipirten eingeführt worden, ſo hätte nicht minder in demſelben Maße, wie jetzt, die Collationspflicht eingeführt werden müſſen, um wahre Gleichſtellung zu erwirken. Wie ſehr dieſe in der Natur der Verhältniſſe begründete Anſicht auch in der römiſchen Jurisprudenz anerkannt war, geht auf das Unzweideutigſte daraus hervor, daß nicht nur auf Seiten der sui heredes ſchon von den claſſiſchen Juriſten kein Gewicht darauf gelegt wurde, ob ſie vermittelſt der auch ihnen zuſtehenden bonorum possessio, oder blos vermöge ihres Civilerbrechtes mit Emancipirten in Concurrenz traten[77], ſondern daß auch, als zuerſt der Fall eintrat, daß Emancipirte doch noch als sui civiliter erben konn-

74) L. 18. Cod. h. t. L. 11. Cod. de legitimis hered. (6. 58.)

75) Omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus.

76) Wening-Ingenheim a. a. O. Note aa. Göſchen, Vorleſungen, Bd. 3, 2. S. 469. Pfizer a. a. O. §. 46, der jedoch ſchon im Rechte des Codex eine eigenthümliche Collation der Emancipirten nicht mehr anerkennt (§. 42), weil ſich kein Object mehr dafür finde.

77) L. 10. D. h. t. Vgl. L. 1. pr. D. de dot. collat.

ten, ſofort zugleich die Collationspflicht derſelben auch für dieſen Fall anerkannt wurde [78]). Nach dem Rechte des Codex kam in der That auch ſehr wenig darauf an, ob man als bonorum possessor oder civiliter erbte, und es wäre wahrlich eine unbegreifliche Inconſequenz geweſen, an dieſen Unterſchied eine ſo wichtige Folge anzuknüpfen. Wenn nun Nov. 118. durch die allgemeine auf alle Deſcendenten ſich beziehende Beſtimmung in Cap. 1. das Erbrecht der Emancipirten überall in ein civilrechtliches verwandelte, ſo läßt ſich daraus allein gewiß nicht abnehmen, daß ſie in Rückſicht der Collationspflicht, welche ſie gar nicht berührt, eine Aenderung beabſichtigt, und ſo diejenigen, welche nach älteſtem Rechte allein als Deſcendenten erbten, in ihren bisher anerkannten Rechten ſtillſchweigend habe ſchmälern wollen. Aber man beruft ſich auch noch darauf, daß Nov. 118. in cap. 1. a. E. und in cap. 4. ſehr beſtimmt und energiſch ausgeſprochen habe, es ſolle zwiſchen den Deſcendenten gar kein Unterſchied mehr ſein, ob ſie in der väterlichen Gewalt des Verſtorbenen ſich befunden haben oder nicht, ob ſie im Mannsſtamm oder durch Abſtammung von Weibern mit dem Erblaſſer verwandt ſeien: ein ſolcher Unterſchied wäre aber noch vorhanden, wenn die Emancipirten den sui heredes noch in dem Maße zu conferiren hätten, wie es nach dem Rechte des Codex der Fall war; denn bei den Enkeln von Töchtern könne doch von dieſer Collationspflicht auf keinen Fall die Rede ſein [79]). Wir können uns aber von der Triftigkeit auch dieſer Argumentation nicht überzeugen. Die Novelle beſtimmt nur im Allgemeinen die Ordnung der Erbfolge und die Erbtheile unter concurrirenden Erben, und in dieſer Beziehung wird kein Unterſchied unter den Deſcendenten von uns behauptet. Die Collation beruht auf einem beſonderen Verhältniſſe der Emancipirten zu den sui heredes, das in der Novelle gar nicht berührt wird. Sie iſt weder Bedingung der Erbfolge, noch bewirkt ſie eine Modification in der Beſtimmung der Erbtheile [80]); vielmehr wird die letzte vorausgeſetzt, damit man beſtimmen könne, in welchem Maße conferirt werden müſſe. Der weſentliche Grund derſelben beſteht auch nach der Novelle noch eben ſo gut wie vorher. Auch konnte ſchon lange vor der Nov. 118. der Fall vorkommen, daß nicht collationspflichtige Nachkommen weiblicher Abſtammung zugleich mit Emancipirten und sui heredes des Verſtorbenen in deſſen Beerbung concurrirten [81]), ohne daß deßwegen in der Collationsverbindlichkeit, welche den Emancipirten gegen die sui heredes oblag, irgend etwas geändert worden wäre [82]). Hier alſo, wenn irgendwo, iſt der Satz anwendbar, daß ein ſpäteres allgemeines Geſetz nicht von ſelbſt auch die beſonderen Beſtimmungen des älteren Rechtes beſeitige. Ohnehin iſt in der That die einzige Neuerung, welche die Nov. 118. in

78) L. 11. Cod. de legit. hered.

79) Göſchen und Pfizer a. a. O.

80) Vgl. oben Note 9—13, 20.

81) L. 4. 5. Th. Cod. de legit. hereditat. (5. 1.) L. 9—12. Cod. de suis et legitimis. (6. 55.) §. 15. J. de hered. quae ab int. (3. 1.) Nov. 18. cap. 4.

82) Vgl. Mayer a. a. O. S. 368. Franke a. a. O. S. 224—228.

Rückſicht der Deſcendentenerbfolge bewirkt hat, nur dieſe, daß nun das Inteſtaterbrecht der Emancipirten ein civilrechtliches geworden iſt; daß aber dieſer Umſtand ihrer Collationspflicht ſie nicht entledige, iſt ſchon oben gezeigt worden.

So ſprechen alſo entſcheidende Gründe für die Anſicht, daß auch nach dem neueſten Juſtinianiſchen Rechte noch eine eigenthümliche Collation der Emancipirten anzunehmen ſei, wie ſie auch im ſpäteren griechiſchen Rechte noch unterſchieden wird [83]. Die Praxis iſt allerdings von jeher der Annahme einer noch fortdauernden beſonderen collatio emancipatorum abgeneigt geweſen, obwohl ſich einzelne Stimmen dafür erhoben [84]. Und ſie wird ſich vielleicht kaum noch erſchüttern laſſen, da ſie in der herrſchenden Anſicht, welche keinen Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Claſſen von Deſcendenten macht, eine Stütze findet, und auch jetzt noch manche Rechtsgelehrte dieſelbe als wohlbegründet anerkennen.

Wir betrachten nunmehr

II) die collatio dotis, welche neben jener Collation der Emancipirten auch im claſſiſchen Rechte ſchon vorkommt. Die Vermögensobjecte, welche die dos bilden, ſind zwar nach richtiger Anſicht vollkommen im Vermögen des Mannes. Allein die dos iſt doch inſofern in bonis mulieris, als die Frau nach Auflöſung der Ehe die Rückgabe derſelben zu erwarten hat [85]. Aus dieſem Grunde mußte die emancipata auch die ihr beſtellte dos, deren Rückfall ſie dereinſt zu erwarten hatte, als ein ihr zugehörendes Vermögen conferiren [86]. Aber deſſelben Vortheiles genoß auch die in der Gewalt des Vaters gebliebene Tochter. War bis zum Tode des Vaters die für ſie beſtellte dos noch nicht wirklich zurückgegeben worden, und zwar mit Einwilligung der Tochter, ſo hatte dieſe allein und ausſchließlich das Recht der Rückforderung; der Anſpruch darauf gehörte nicht zur Erbſchaft, ſelbſt wenn die Ehe ſchon zur Zeit des Todes des Vaters aufgelöſt war, geſchweige, wenn dieß nicht der Fall, und ſomit die Rückgabe der dos zur Zeit noch nicht zu erwirken war [87]. Daher wurde die dos ipsius filiae proprium patrimonium genannt [88], und als Emancipirter brauchte der Vater auch die von ihm ſelbſt der Tochter beſtellte dos nicht zu conferiren, weil ſie durchaus nicht in bonis eius war [89]. Dieſemnach hatte nun die dotirte filiafamilias vor anderen sui heredes einen beſonderen rechtlichen Vortheil voraus, ähnlich demjenigen, welcher den Emancipirten durch die ihnen zuſtehende Erwerbfähigkeit gewährt war. Auch dieſe Ungleichheit aber ſuchte das prätoriſche Edict zu beſei=

---

83) Vgl. Note 70, 71. Uebereinſtimmend ſind Franke und Thibaut a. a. OO., ferner Mühlenbruch, Zimmern, Mayer a. a. OO.; nur geben die Letzten dieſer Collation einen beſchränkteren Umfang. Vgl. Note 72, 73.

84) Vgl. Franke, S. 217, Note 55; S. 226, Note 60.

85) L. 75. D. de iure dot. (23. 3.) L. 4. D. de collat.

86) L. 1. §. 2. L. 2. D. de dot. collat.

87) L. 2. §. 1. 2. L. 3. L. 31. §. 2. D. soluto matr. (24. 3.) L. un. §. 11. 12. 14. Cod. de rei ux. act. (5. 13.) Cf. L. 5. Cod. de collat.

88) L. 3. §. 5. D. de minor. (44. 4.)

89) L. 1. §. 9. D. h. t. L. 4. D. de collat. bon. Vgl. oben Note 52.

tigen, und forderte daher die Collation der dos zu Gunſten der concurrirenden sui heredes; und darin beſtand die eigenthümliche collatio dotis des älteren Rechtes. Sie fand, wie die Collation der Emancipirten, nach dem Edicte nur ſtatt bei der bonorum possessio contra tabulas und intestati unde liberi, nicht bei der teſtamentariſchen Erbfolge [90]); ſie wurde jedoch nach einem Reſcripte von D. Antoninus auch dann der sua heres auferlegt, wenn ſie ohne Agnition der bonorum possessio blos civilrechtlich ab intestato ſuccedirte [91]), und nicht etwa vom ius abstinendi Gebrauch machte [92]); und man darf unbedenklich annehmen, daß ebenſo andererſeits auch der Anſpruch auf die collatio dotis nicht durch die Benutzung der bonorum possessio bedingt war [93]). Auch in anderen Beziehungen galt bei der dotis collatio Gleiches wie bei der Collation der Emancipirten; namentlich in Betreff der Frage, wem und in welchem Verhältniſſe zu conferiren ſei [94]), und wie der Anſpruch auf Collation geltend zu machen ſei [95])? Gegenſtand der Collation aber war hier das Capital der dos, mit Abzug der impensae necessariae, als welche ipso iure dotem minuunt [96]); nach Trennung der Ehe dagegen mit Zurechnung der Früchte [97]), aber auch mit Beſchränkung auf dasjenige, was die Frau wirklich erlangen kann (quantum facere maritus potest) [98]). Die Erfüllung der Verpflichtung konnte und mußte nach Umſtänden auch hier durch Caution geſichert werden [99]), oder es konnte ſofort re conferirt werden [100]), zu welchem Zwecke jedoch die Collationspflichtige keineswegs während noch beſtehender Ehe die Reſtitution der dos vom Manne zu fordern berechtigt war [101]). War die dos von dem gemeinſchaftlichen Erblaſſer ſelbſt erſt promittirt worden, ſo war die einfachſte Weiſe der Collation dieſe, daß die Dotirte ihre Miterben pro rata parte liberirte und allein die Verbindlichkeit aus dem Dotalverſprechen übernahm [102]).

Aber nur wenn die Rückgabe der dos nicht ausdrücklich und giltiger Weiſe einem Anderen als der Frau vorbehalten worden, konnte dieſe Collationspflicht ſtatt haben; denn nur dann trat der Grund derſelben ein [103]). Uebrigens mußte nach claſſiſchem Rechte ſowohl die dos ad-

---

90) L. 7. Cod. h. t. Cf. L. 16. ibid.

91) L. 1. pr. D. h. t. Cf. L. 4. Cod. h. t.: Si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant. L. 5. Cod. ibid.

92) L. 9. D. h. t.

93) Arg. L. 10. D. de collat.

94) L. 1. §. 2—4. D. h. t. vergl. mit Note 8—11 oben; L. 3. 5. pr. 7. D. h. t. vgl. mit Note 12, 13, 19, oben. L. 14. Cod. h. t. vgl. mit Note 36, 37.

95) L. 8. 12. 14. 16. Cod. h. t. vgl. mit Note 25—35 oben.

96) L. 1. §. 5. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 5. 8. D. de impensis. (25. 1.)

97) L. 5. §. 1. D. h. t.

98) L. 1. §. 6. D. h. t.

99) L. 1. §. 7. D. h. t.

100) Vgl. oben Note 21—24.

101) L. 5. Cod. h. t.

102) L. 1. §. 8. D. L. 2. Cod. h. t.

103) L. 1. §. 1. D. h. t. Cf. L. 2. ibid.: Quae ad eam pertinere poterit.

ventitia als die dos profectitia den sui heredes conferirt werden, da durch die eine ſowohl wie durch die andere die dotirte sua heres einen eigenthümlichen Vortheil voraus hatte, den die concurrirenden sui heredes nicht haben konnten[104]. In der Folgezeit mußte aber die Verpflichtung zur Collation der dos adventitia conſequenter Weiſe in demſelben Maße beſchränkt werden, in welchem die bona adventitia der filiaefamilias überhaupt dem Rechte des Vaters entzogen wurden; ſie mußte nach derſelben Conſequenz im Juſtinianiſchen Rechte endlich ganz wegfallen. Dieß leuchtet von ſelbſt ein, wenn man bedenkt, daß auch die aus dem eigenen Vermögen der Frau, alſo auch die etwa aus den bonis adventitiis der Tochter beſtellte dos adventitia iſt[105]; daß ferner die Beſtellung einer dos von Seiten eines Dritten für die Tochter eine Zuwendung enthält, die nicht ex re patris venit, daß alſo das derſelben erworbene Dotalrecht in ihren bonis adventitiis iſt, alſo auch, wie dieſe überhaupt, nicht mehr der Collation unterworfen ſein kann[106].

Was aber die dos profectitia betrifft, ſo wurde nach L. 4. Cod. h. t. zu Gordian's Zeit, alſo bald nach der Lebenszeit der berühmteſten claſſiſchen Juriſten, post varias prudentium opiniones angenommen, daß dieſelbe, und nur ſie, auch den emancipirten Miterben conferirt werden müſſe. Wir finden ſonſt im älteren Rechte keine ſichere Spur davon, daß auch dieſen ein ſolcher Anſpruch beigelegt worden ſei; vielmehr werden wohl ausdrücklich nur diejenigen Geſchwiſter, welche in potestate geblieben, als die Collationsberechtigten bezeichnet[107]. Gleichwohl ſcheint

---

104) L. 4. Cod. h. t. L. 1. §. 7. D. h. t.: Pater vel extraneus.

105) Dieß iſt freilich nicht unbeſtritten, vergl. Tigerſtröm, Dotalrecht, Bd. 1, S. 43 flg., aber doch nicht ſehr zweifelhaft. Ulpian. VI. 3.

106) Bemerkenswerth iſt hier der Satz in L. 4. Cod. h. t. Nec dubium est profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. Es fällt auf, die unterſtrichenen Worte in dieſem Zuſammenhange in einem Reſcript von Gordian (240) zu finden. Eine dos adventitia a patre data vel constituta gehört zwar nicht zu den Unmöglichkeiten — L. 5. §. 6. 11. D. de iure dot. (23. 3.) — und es konnte daher auch von Collation derſelben die Rede ſein, und zwar nicht nur von Seiten der emancipata (im Fall des §. 11 cit.), ſondern auch von Seiten der sua heres (im Fall des §. 6 cit.). Aber es mußte ja nach damaligem Rechte den sui heredes entſchieden jede dos adventitia wie profectitia conferirt werden; es bleibt daher immer auffallend, daß hier ſpeciell eine dos adventitia a patre data hervorgehoben wird, da doch nur in wenigen Fällen eine dos a patre data nicht profectitia iſt, und, wo dieß der Fall iſt, die Eigenſchaft des Vaters, weil er nicht ut parens dotem dedit, nicht in Betracht kommt. Man möchte daher auch hier eine freilich nicht geſchickte Interpolation vermuthen, in welcher ſich die Anſicht ausſprechen ſollte, daß nach Juſtinianiſchem Rechte eine nicht vom Vater herrührende dos überall nicht mehr conferirt werde. Uebrigens braucht man ſich über die Aufnahme der L. 4. cit. nicht ſehr zu verwundern, da nach dem Rechte des erſten Codex die Collation der dos adventitia noch ſtattfinden konnte. Vgl. Note 113.

107) In L. 3. Cod. h. t. (von Alexander), wo ſogar von einer dos profectitia offenbar die Rede iſt, heißt es am Ende: Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet. Vgl. L. 12. Cod. ibid. (Dioclet. et Maxim.). L. 3. 5. pr. D. h. t. — L. 5. §. 1.

nach dem Ausdrucke der L. 4. cit. weniger zweifelhaft geweſen zu ſein, ob die profectitia dos, als vielmehr nur dieſes, ob nicht auch die adventitia dos den Emancipirten zu conferiren ſei[108]. Die Streitigkeiten über dieſen Punkt ſind auch ſehr erklärlich. Denn einerſeits hatte das Edict wahrſcheinlich nur den sui heredes das Recht auf Collation ausdrücklich beigelegt; andererſeits aber ſchien es der beabſichtigten Gleichſtellung aller Kinder zuwider, wenn die sua heres ihre dos dem emancipirten Miterben gegenüber ausſchließlich für ſich behalten könnte, während dieſer all ſein Vermögen, und die filia emancipata namentlich auch ihre dos, jener Miterbin conferiren mußte. Es war daher auch die in L. 4. cit. beſtätigte Mittelmeinung, welche zwiſchen dos profectitia und adventitia unterſchied, keineswegs die conſequenteſte und der Sache ſelbſt angemeſſene, ſo lange noch von den Emancipirten aller Erwerb conferirt werden mußte. Allerdings aber konnte man bei der dos profectitia die Unbilligkeit beſonders auffallend finden, weil durch dieſe nicht blos der sua heres ein beſonderer Vortheil gewährt, ſondern auch das väterliche Vermögen um den Betrag derſelben zum beſonderen Vortheil jener geſchmälert war. Inſofern aber L. 4. cit. auch auf die emancipirte Tochter zu beziehen iſt, alſo auch dieſe verpflichtet ſein ſoll, ihre dos profectitia den emancipirten Brüdern zu conferiren, kann nur aus dem letzten Geſichtspunkte die Entſcheidung erklärt werden, aus demſelben Geſichtspunkte, welcher im neueren Rechte zu einer Erweiterung und völligen Umgeſtaltung dieſes ganzen Inſtitutes geführt hat.

III) Kaiſer Leo war es, welcher zuerſt eine ſolche Erweiterung einführte, durch L. 17. Cod. h. t., a. 467[109]. Er verordnete, unter ausdrücklicher Beſtätigung der beſonderen Collationsverbindlichkeit der Emancipirten[110], Folgendes:

Wenn Deſcendenten, welcher Art ſie ſein mögen, gemeinſchaftlich irgend einen Aſcendenten ab intestato beerben (quocunque iure intestatae successionis, id est, aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi querela mota rescisso, natürlich eben ſo auch rupto, irrito facto, destituto testamento), ſo ſoll die für einen Miterben oder eine Miterbin von dem Erblaſſer aus ſeinem Vermögen beſtellte oder hergegebene dos oder donatio ante nuptias den übrigen Miterben conferirt werden[111]. Das Neue dieſer Verordnung beſteht darin, daß nun auch

---

und L. 7. vgl. mit L. 6. D. ibid. könnten wohl auf eine Collation der dos zu Gunſten der emancipirten Brüder gedeutet werden, aber doch nicht mit Sicherheit.

108) His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

109) Die L. 17. cit. iſt ein Bruchſtück einer größeren Conſtitution, wie hervorgeht aus den Worten: hoc etiam aequitatis studio praesentis legi credidimus inserendum.

110) Vgl. oben Note 58.

111) Ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte, pronepote vel pronepte.

bei Beerbung der Mutter und mütterlicher Aſcendenten eine Collation vorkommen kann, wo früher keine Rede davon war; daß ferner nun auch sui heredes und emancipati einander unbedingt die vom Erblaſſer herrührende dos oder donatio ante nuptias zu conferiren haben, und daß beide auch anderen Deſcendenten, die nicht einmal nach prätoriſchem Rechte ex edicto unde liberi erbten, conferiren müſſen, ſo weit ſie mit ihnen in Concurrenz treten können [112]). Daneben freilich blieb bei Beerbung des Vaters oder väterlichen Großvaters u. ſ. w. die beſondere dotis collatio ſowohl der emancipata als der sua heres, gegenüber anderen sui heredes, zunächſt noch beſtehen, indem dieſe auch die dos adventitia jeder Art umfaßte, während L. 17. cit. nur die vom Erblaſſer herrührende dos betraf, die alſo in dieſem Beerbungsfalle profectitia war. Da aber im Juſtinianiſchen Rechte nach der Ausführung unter Nr. 2. die Collation der dos adventitia in jenem Falle aus anderen Gründen gänzlich weggefallen iſt, ſo iſt nun die alte dotis collatio überhaupt in dieſem neuen Inſtitute der L. 17. cit. aufgegangen.

Ueber dieſes hat Juſtinian noch zwei Conſtitutionen erlaſſen, die im Codex Aufnahme gefunden haben. Durch die eine, L. 19. Cod. h. t., entſcheidet er, daß Enkel, welche in locum parentis succedentes erben, auch die für dieſen ihren parens vom Erblaſſer beſtellte dos zu conferiren haben, nach Verhältniß ihres Erbtheiles. Die andere, L. 20. Cod. ibid., entſcheidet zuerſt, daß Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet werde, auch conferirt werden müſſe. Natürlich kann dieſes nicht auf Vermächtniſſe ausgedehnt werden, obwohl dieſe in den Pflichttheil allerdings einzurechnen ſind; denn durch ſie ſoll ja abſichtlich ein Kind vor dem anderen bevorzugt werden. Es gehört dann außer dos und donatio propter nuptias nur noch dahin die zur Anrechnung auf den Pflichttheil gegebene Schenkung, und der Vortheil aus einem vom Erblaſſer ver-

---

112) Was freilich nach damaligem Rechte nur noch in beſchränktem Maße vorkam. Vgl. oben Note 81. — Eine andere Neuerung hat man noch darin gefunden, daß auch inofficiosi querela rescisso testamento die Collation ſtattfinden ſolle, was früher nicht der Fall geweſen ſei. Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 365, vgl. S. 370, Note 6. Dieß ſcheint aber ein Irrthum zu ſein. Das Geſetz will nur auch den Fall berückſichtigt haben, wenn Deſcendenten in Folge der Reſciſſion eines pflichtwidrigen Teſtamentes zur Inteſtaterbfolge gelangen. Dieſer Fall konnte auch bei mehreren sui heredes und emancipati vorkommen, und es iſt kein Zweifel, daß hier auch ſchon nach älterem Rechte die Collationsverbindlichkeit eben ſo eintrat, wie in jedem anderen Falle der Inteſtaterbfolge. Wenn aber die exheredirte Tochter gegen den eingeſetzten emancipatus mit der querela inofficiosi durchdringt, ſoll nach L. 6. 7. D. de dot. collat. ſo wenig dieſer ſeine bona als jene ihre dos zu conferiren ſchuldig ſein, quum diverso iure sunt heredes, indem nur pro parte das Teſtament reſcindirt wird, alſo der eine als scriptus heres, nur die andere ab intestato erbt. Dieß aber kann man, wie eben die Aufnahme dieſer Stellen beweiſt, auch nicht durch L. 17. cit. abgeändert halten. Wie vollends die L. 17. auch für die Collation der Emancipirten hierin etwas geändert haben ſoll, iſt gar nicht einzuſehen, da die Einleitung des Geſetzes mit dem jene betreffenden Anhängſel am Ende deſſelben gar nicht in innerem Zuſammenhange ſteht, und dieſes ſich ausdrücklich auf den tenor praecedentium legum beruft.

ſchafften käuflichen Dienſte (militia); und des letzten wird denn auch im pr. der const. ausdrücklich gedacht[113]).

Wichtiger iſt die Verordnung in §. 1 derſelben Conſtitution: Wenn dos oder donatio ante nuptias von einem Deſcendenten conferirt wird, der nicht außerdem auch noch eine Schenkung erhalten hat, ein anderer Deſcendent aber weder dotem noch donationem ante nuptias zu conferiren hat, jedoch eine andere Schenkung (simplicem donationem) vom Erblaſſer empfangen hatte, ſo ſoll in dieſem Falle auch dieſe conferirt werden. Nur dieſes iſt der Inhalt der geſetzlichen Dispoſition des §. cit. Er verordnet weder, daß überhaupt jede Schenkung, oder doch jede Schenkung zu beſtimmtem Zweck conferirt werden müſſe; noch verordnet er, daß regelmäßig eine gewöhnliche Schenkung nicht conferirt werden ſolle. Dieſes wird nur als bekannter Rechtsſatz vorausgeſetzt, indem am Ende geſagt wird: in dem oben genannten beſonderen Falle ſolle der Beſchenkte die Collation nicht verweigern aus dem Grunde: quod simplex donatio non confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit. Am allerwenigſten aber kann in dieſer Stelle eine Aenderung der Collation der Emancipirten gefunden werden, ſo daß etwa darnach auch die Emancipirten den sui heredes eine simplex donatio nicht mehr zu conferiren hätten; diejenigen, welche eine ſolche Meinung hegen, bedenken nicht, daß die Conſtitution überall gar nicht die Abſicht hat, eine Beſchränkung der Collation einzuführen; ſie bedenken auch nicht, daß zur Zeit der Publication dieſer Conſtitution die Collation der Emancipirten unzweifelhaft noch einen viel weiteren Umfang hatte, als daß man dieſe ganz ſpecielle und beſchränkte neue Beſtimmung auf ſie beziehen könnte[114]).

Endlich hat nun Juſtinian noch in Nov. 18. cap. 6. verordnet, es ſolle nicht nur, wie bisher, bei der Inteſtaterbfolge unter Deſcendenten

---

113) Dieſe Beſtimmung wird ſpeciell auf die Collation der Emancipirten bezogen von Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 365, 379; aber, wie es ſcheint, mit Unrecht. Das Hauptargument für dieſe Erklärung iſt mit Rückſicht auf den Eingang des Geſetzes dieſes: daß außer für Emancipirte nicht einmal ein Zweifel habe entſtehen können, ob omnia, quae in quartam portionem computantur, alſo auch das lucrum occasione militiae, zu conferiren ſei? Es iſt aber nicht bedacht, daß L. 20. cit. älter iſt, als L. 6. Cod. de bonis quae lib., daß alſo umgekehrt für Emancipirte damals noch kein Zweifel entſtehen konnte, ob ſie nicht Alles, was ſie hatten, außer bona materna und materni generis und lucrum nuptiale, conferiren müßten. Für Deſcendenten überhaupt könnte jener Zweifel leicht angeregt worden ſein durch Juſtinian's Beſtimmung in L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test. (3. 28.), oder vielleicht durch eine andere Conſtitution, von welcher wir zufällig noch weniger wiſſen, als von den in L. 19. h. t. erwähnten des Arcadius und Honorius. Vgl. auch L. 29. Cod. de inoff. test. Franke a. a. O. S. 205. — An ſich liegt es offenbar näher, gerade wegen der Bezugnahme auf ea, quae in quartam computantur, die L. 20. pr. cit. auf die Deſcendenten überhaupt zu beziehen, als welche alle pflichttheils berechtigt ſind. Allerdings aber ſcheint bei dem Schluß des pr. cit. an die Collation der Emancipirten gedacht zu ſein, wenn nicht an die eben beabſichtigte Neuerung des §. 1.

114) Vgl. Note 113. Anderer Meinung ſcheint zu ſein Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht, S. 422, 428.

die Collation eintreten, ſondern auch, wo nicht ein anderer Wille des Erblaſſers ſich ausgeſprochen habe, bei teſtamentariſcher Erbfolge derſelben, quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum aut prae tumultu mortis angustiatus huius non est memoratus; übrigens, wie am Ende hinzugeſetzt wird, omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus [115]).

Die Grundidee dieſer neueren Geſtaltung der Collation iſt nun offenbar dieſe: In der Regel iſt nicht anzunehmen, daß der Aſcendent einem ſeiner Deſcendenten vor anderen neben jenem zur Erbfolge ab intestato berechtigten Deſcendenten einen Vorzug habe geben wollen, indem er ihm bei Lebzeiten gewiſſe Zuwendungen machte. Es ſoll daher die dadurch entſtandene Ungleichheit unter den Erben durch Collation jener Gaben beſeitigt werden, wenn nicht der Wille des Erblaſſers ſie aufrecht erhält. Nähere Beſtimmungen ſind übrigens für dieſes ſo erweiterte Inſtitut in unſeren Quellen nicht enthalten. Unbedenklich aber darf von den in Pandekten und Codex enthaltenen älteren Grundſätzen über Collation analoger Gebrauch gemacht werden, ſo weit nicht die eigenthümliche Natur der neueren Collation entgegenſteht.

Es ſollen nunmehr die Grundſätze über dieſe Collation der Deſcendenten nach dem praktiſchen Geſichtspunkte des heutigen römiſchen Rechtes dargeſtellt werden.

1) Die Verpflichtung zur Collation ſo wie der Anſpruch auf dieſelbe findet ſtatt unter mehreren Deſcendenten als Erben eines gemeinſchaftlichen Aſcendenten, ohne Unterſcheidung zwiſchen sui oder emancipati und anderen Deſcendenten [116]). Die erſte Vorausſetzung iſt, daß ſie wirklich Erben des Aſcendenten werden [117]). Der Deſcendent, der nur ein Vermächtniß erhält, iſt weder verpflichtet zur Collation, noch berechtigt [118]). Eben ſo wenig derjenige, welcher die deferirte Erbſchaft verſchmäht, ſei es auch als suus heres mittelſt des beneficium abstinendi [119]), oder als extraneus oder suus heres, qui immiscuit se hereditati, mittelſt der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand [120]). Diejenigen, welche in die Stelle des Repudianten eintreten, mögen aus eigener Perſon collationspflichtig oder berechtigt ſein; aus der Perſon des Wegfallenden ſind ſie es

---

115) Die Novelle erwähnt der collatio emancipatorum nicht ausdrücklich, ſchließt ſie aber auch nicht aus von ihrer Beſtimmung. Mayer, a. a. O. S. 378, hält ſogar dafür, daß Juſtinian durch die Worte res per dotem forte aut alio modo datas (nach der vulgata versio) auf die beiden Collationsarten habe hinweiſen wollen. Offenbar iſt dieß aber nicht. Uebrigens durch dieſes Geſetz theilweiſe aufgehoben L. ult. Cod. fam. ercisc. (3. 36.) Franke, S. 249.

116) Die Ausdehnung auf das ganz ſinguläre Erbrecht der liberi naturales nach Nov. 89, wird aber gewiß mit Recht verworfen von Roßhirt a. a. O. S. 434.

117) L. 17. Cod. h. t. Vgl. Note 7, 20, 34, 91.

118) L. 4. D. de dot. collat.

119) Vgl. Note 92. Conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. L. 1. pr. D. de dot. collat. Cf. L. 25. Cod. fam. ercisc. (3. 36.)

120) §. 5. J. de hered. qual. (2. 19.) L. 57. §. 1. D. de acquir. her. (29. 2.)

nicht[121]). Einmal begründet geht aber Recht und Pflicht zur Collation auch auf die Erben über[122]). Ja auch dann muß dieſes der Fall ſein, wenn die Erben nur das ihrem Erblaſſer erſt deferirte Erbrecht ſtatt deſſelben geltend machen, alſo namentlich in dem Falle der ſogenannten transmissio Iustinianea[123]). Eben daſſelbe erheiſcht die Natur der Sache in anderen Fällen, da Jemand das Erbrecht eines Anderen für ſich geltend machen kann. Daher muß der Vater, wenn er die dem Kinde deferirte Erbſchaft für ſich erwirbt, ohne Zweifel conferiren, was das Kind ſelbſt zu conferiren hätte, und kann eben ſo ſtatt deſſelben von den Miterben die Collation fordern[124]). Aber auch dann muß der Vater conferiren, wenn mit ſeinem Willen dem Kinde die Erbſchaft erworben wird, er alſo nur den Nießbrauch und die Verwaltung derſelben erlangt; nur braucht er hier freilich nicht aus eigenem Vermögen Etwas herzugeben, ſondern nur aus den ſeiner Verwaltung untergebenen bona adventitia des Kindes. Wenn dagegen der Vater die Erbſchaft ablehnt, und nun das Kind gegen deſſen Willen ſie erwirbt, als ſogenanntes adventitium irregulare, ſo muß zwar dieſes conferiren, aber es kann nicht der Vater angehalten werden, aus denjenigen Adventitien des Kindes, an welchen ihm der Nießbrauch zuſteht, zu dieſem Zwecke etwas herzugeben; ſo wenig, wie er nach älterem Rechte das durch das Kind Erworbene zu conferiren brauchte, wenn er daſſelbe emancipirte und dann für ſich ſelbſt die Erbſchaft erwerben ließ[125]).

2) Die Deſcendenten ſind regelmäßig einander zur Collation verpflichtet, ohne Unterſchied, ob ſie ab intestato oder ex testamento erben[126]), ohne Unterſchied auch, auf welche Weiſe die Inteſtaterbfolge herbeigeführt ſein mag[127]), alſo namentlich auch dann, wenn nach Nov. 115. cap. 3. wegen ungeſetzlicher Enterbung oder Uebergehung eines Kindes, quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberi tanquam ab intestato ex aequa parte perveniunt. Es kann denn nun conſequent auch nicht mehr von Einfluß ſein, ob der eine secundum tabulas, der andere contra tabulas einen Erbtheil behaupte[128]). Aber auch als teſtamentari-

121) Ohne allen Grund iſt die Meinung Pfizer's §. 100, daß die Verpflichtung zur Collation auch denjenigen treffe, der iure accrescendi in die Stelle eines wegfallenden Deſcendenten trete.

122) Vgl. Note 36, 37, 91—93. — Auch auf die Concursgläubiger Thibaut, §. 883, Note p.

123) L. 19. Cod. de iure delib. (6. 30.)

124) L. 18. §. 1. Cod. de iure delib. (6. 30.) L. 8. pr. §. 1. 2. Cod. de bonis quae lib. (6. 61.) vergl. mit Note 36—49. Dieſe Fälle ſind weſentlich noch eben ſo zu beurtheilen, wie wenn nach älterem Rechte das Kind auf Befehl des Vaters antretend dieſem die Erbſchaft erwarb.

125) Solchen Gebrauch dürfen wir von den Note 39, 41, citirten Stellen für das neuere Recht noch machen.

126) Nov. 18. cap. 6.

127) L. 17. Cod. h. t.: Quocunque iure intestatae successionis.

128) Hält man die bonorum possessio contra tabulas und die querela inofficiosi der Deſcendenten für antiquirt durch Nov. 115., ſo kann ſchon aus dieſem Grunde von Anwendbarkeit der in Note 12 u. 112 berührten Stelle keine

ſche Erben können doch nur diejenigen Deſcendenten Collation fordern oder zu leiſten verpflichtet ſein, welche auch ab intestato miteinander Erben ſein würden; wenn alſo z. B. Enkel von einem noch lebenden Sohne eingeſetzt ſind neben anderen Deſcendenten, ſo ſind ſie nicht zur Collation verpflichtet oder berechtigt. Dieſes iſt zwar nicht ausdrücklich im Geſetze ausgeſprochen, geht aber aus dem Zuſammenhange deſſelben klar hervor, und iſt daher auch allgemein anerkannt[129]). Dagegen iſt unter den im Allgemeinen collationspflichtigen und berechtigten Deſcendenten nicht deswegen die Collation auszuſchließen, weil neben ihnen andere in dieſer Kategorie nicht ſtehende Perſonen zu Erben eingeſetzt ſind[130]); nur beſchränkt ſie ſich hier auch allein auf jene.

3) Aber der Erblaſſer kann durch ſeinen Willen die Collation ausſchließen, auch wo ſie ſonſt der Regel nach ſtattfände, ſowohl bei der Inteſtaterbfolge als bei der teſtamentariſchen. Es fragt ſich aber a) ob dieſer Wille ausdrücklich erklärt ſein müſſe? Von Vielen iſt dieß behauptet worden, wegen der Worte in Nov. 18. cap. 6: ..omnino esse collationes.. nisi expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem etc. Aber mit Recht neigen ſich die meiſten neueren Rechtsgelehrten zu der entgegengeſetzten Meinung[131]). Die Novelle wollte nur aufheben, was bisher Rechtens geweſen war: si testati nihil dicentes de eis (morerentur parentes), locum non fieri collationibus; es ſoll jetzt vielmehr umgekehrt eine Aeußerung des Teſtators erfordert werden, um die Collation auszuſchließen, da es ſonſt ungewiß iſt, ob er nicht blos aus Vergeſſenheit und unabſichtlich derſelben nicht erwähnt habe. Verfügungen daher, welche durch ihren Inhalt dieſe Ungewißheit beſeitigen, müſſen die Collation ausſchließen, wenn ſie dieſes auch nicht in dürren Worten ausſprechen. So namentlich kann ſich dieſer Wille in der Beſtimmung der Erbtheile kund geben, oder in der Zuwendung von Vermächtniſſen, welche darauf berechnet iſt, diejenigen Deſcendenten, welche bei Lebzeiten des Erblaſſers nicht wie andere etwas zu Conferirendes erhalten haben, dafür zu entſchädigen[132]); obwohl ſich nicht behaupten läßt, daß durch jede ungleiche Vertheilung der Erbſchaft unter die Deſcendenten die Collation ausgeſchloſſen werde[133]). So kann denn auch ſowohl bei der

---

Rede mehr ſein. Aber auch ohne jene Anſicht muß daſſelbe nach Nov. 18. cap. 6. conſequent angenommen werden. Vgl. Pfizer, §. 79. Mayer, §. 125, Note 6.

129) Pfizer, §. 78. Mayer, §. 125, Note 4. Göſchen, Vorleſungen, §. 968.

130) Pfizer, §. 80. Franke, S. 245. Göſchen a. a. O.

131) Pfizer, §. 174 flg. Mayer, §. 128, Note i. Thibaut, Syſtem, §. 884. Mühlenbruch, §. 719, not. 16. Wening-Ingenheim, Bd. 5, §. 183. Anderer Meinung iſt Göſchen a. a. O. S. 479.

132) Franke, S. 246. Puchta, Lehrb. §. 503.

133) Man könnte zwar dieſer Behauptung Schein geben durch Bezugnahme auf die Worte des Geſetzes: omnino esse collationem et exinde aequalitatem (πάντως εἶναι συνεισφορὰς καὶ τὴν ἐκεῖθεν ἰσότητα), indem nämlich bei ungleicher Beſtimmung der Erbtheile doch jeder Gedanke an jene aequalitas verſchwinde. Allein die Vermuthung, daß der Teſtator nur aus

teſtamentariſchen wie bei der Inteſtaterbfolge durch eine erſchöpfende Vertheilung des Erbſchaftsvermögens unter die Erben ſtillſchweigend die Collation ausgeſchloſſen werden [134]). b) Ob der Wille in Form einer letztwilligen Verfügung geäußert ſein müſſe, oder auch eine anderweitige Erklärung genüge, ob alſo namentlich bei der Zuwendung einer ſonſt collationspflichtigen Gabe ſofort wirkſam beſtimmt werden könne, daß ſie der Collation dereinſt nicht unterworfen ſein ſolle? Nach römiſchem Rechte iſt vorerſt unzweifelhaft, daß der Erblaſſer durch eine ſolche Verfügung nicht gehindert werde, ſpäter dennoch anders zu verfügen, ſo gut wie er auch die Collation einer geſetzlich nicht zu conferirenden Gabe immer als beſondere Auflage eines Erben anordnen kann. Nach teutſchem Rechte kann aber jene Zuſicherung einen nicht willkürlich widerruflichen Erbvertrag enthalten [135]). Eine andere Frage iſt es, ob ſie denn auch, wenn ſie nicht widerrufen wird, nach römiſchem Rechte nicht wirke, wofern ſie nicht in Form einer letztwilligen Verfügung ausgeſprochen worden? Dieſe Frage war nach dem Rechte des Codex nicht von Bedeutung, wegen der für letztwillige Verfügungen der Eltern geſtatteten Formloſigkeit; ſie iſt aber bedeutend geworden, ſeitdem Juſtinian auch für dieſe eine gewiſſe Form vorgeſchrieben [136]). Hiernach nun hält man die Beobachtung wenigſtens dieſer privilegirten Form auch für nothwendig, um die Collation auszuſchließen, weil dieß als Prälegat zu betrachten ſei und jedenfalls eine letzwillige Verfügung enthalte [137]). Allein die Vergleichung mit Prälegaten iſt nicht treffend, weil es ſich hier um Etwas handelt, was nicht mehr zur Erbſchaft gehört und nicht aus der Erbſchaft genommen wird (vergl. Nr. 5). Der Erlaß der Collation enthält überall keine Verfügung über den eigenen Nachlaß. Sieht man aber auf die Natur der Collationspflicht, ſo ſcheint vielmehr die Anſicht die richtige, nach welcher es zur Wirkſamkeit jener Erklärung durchaus keiner Feierlichkeit bedarf [138]). Die Collation beruht auf der Vorausſetzung, daß der Aſcendent den einen Deſcendenten durch ſeine Gabe nicht habe bevortheilen wollen. Dieſe Vorausſetzung wird zerſtört, wenn der Geber irgendwie eine andere Willensmeinung deutlich zu erkennen gegeben hat, alſo gewiß vor Allem dann, wenn er bei der Gabe ſelbſt erklärt hat, daß ſie nicht conferirt werden ſolle. Auch ſagt Nov. 18. cap. 6. nicht, daß die Ausſchließung der Collation im Teſtamente verordnet ſein müſſe [139]).

Vergeſſenheit der conferenda nicht erwähnt habe, kann durch ungleiche Vertheilung ſogar noch verſtärkt werden; man darf ſie alſo gewiß nicht in jedem Falle dadurch beſeitigt halten.

134) L. 39. §. 1. D. fam. ercisc. (10. 2.) Intestato moriens codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos divisit ita, ut longe amplius filio quam filiae relinqueret: quaesitum est an soror fratri dotem conferre deberet? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.

135) Mayer a. a. O. §. 128, Note 1.

136) Nov. 107. vergl. mit L. 21. §. 1. Cod. de testam. (6. 23.)

137) Franke, S. 247, Note 84.

138) Göſchen a. a. O. §. 969, S. 470. Vgl. Pfizer, §. 182.

139) Sive intestatus quispiam moriatur, sive testatus... esse

4) Nachdem durch Nov. 18. auch bei teſtamentariſcher Erbfolge die Collation eingeführt worden, kann ein Conflict zwiſchen dieſer und dem Pflichttheilsrechte entſtehen. Hier iſt nun entſcheidend die Rückſicht, daß der Pflichttheil auf keine Weiſe verletzt oder beſchränkt werden darf. Der Pflichttheil aber beſteht in einer Quote desjenigen, was der Pflichttheilsberechtigte als Inteſtaterbe von dem eigenen Vermögen des Erblaſſers erhalten würde, und darin können zwar gewiſſe, aber nicht alle bei Lebzeiten deſſelben empfangene collationspflichtige, Gaben eingerechnet werden. Hieraus ergibt ſich nun von ſelbſt: wenn einem Deſcendenten nicht mehr oder nicht einmal ſo viel, als ſein Pflichttheil beträgt, hinterlaſſen worden iſt, wobei aber die in den Pflichttheil einzurechnenden conferenda mit in Anſchlag kommen, ſo braucht er nichts zu conferiren; er kann im letzten Falle vielmehr noch Ergänzung des Pflichttheiles verlangen; natürlich vorausgeſetzt, daß nicht etwa die nicht zu conferirenden Schenkungen ſogar gegen die Miterben inofficiosae donationes geweſen[140]). Iſt ihm zwar mehr als der Pflichttheil hinterlaſſen, jedoch nur ſo viel, daß er durch die Collation desjenigen, was nicht in den Pflichttheil einzurechnen iſt, weniger als dieſen erhalten würde, ſo muß man conſequent die Collation in ſo weit beſchränken, wenn nicht ohnehin ſchon die völlige Ausſchließung derſelben nach dem Willen des Teſtators in dieſem Falle anzunehmen iſt. Iſt er ſchlechtweg auf den Pflichttheil eingeſetzt, ſo wird dieß in der Regel ſo zu verſtehen ſein, daß er nur ſo viel haben ſolle, als der Pflichttheil nach geſetzlicher Berechnung beträgt, und dann gilt das oben Geſagte. Iſt er aber eingeſetzt auf ein Dritttheil oder die Hälfte ſeiner Inteſtaterbportion, ſo iſt noch die Frage, ob er nicht ſchon andere Gaben, die in den Pflichttheil einzurechnen ſind, erhalten habe, und deren Collation iſt dann allerdings nicht ausgeſchloſſen, inſoweit er ſonſt mehr als den Pflichttheil erhalten würde.

5) Auch mit dem Rechte der lex Falcidia kann die Collation in Berührung kommen, ſowohl bei der Inteſtaterbfolge, als bei der teſtamentariſchen Erbfolge. Es iſt kein Zweifel, daß der Collationspflichtige ſich das conferendum nicht in die quarta Falcidia einzurechnen braucht, auch nicht zu demjenigen Theile, zu welchem es ihm bleibt[141]), es möchte ihm denn (nach neueſtem Rechte) ausdrücklich auferlegt ſein[142]). Es

collationes.. nisi expressim designaverit ipse etc. — Unterſtützt wird obige Meinung auch durch die Vergleichung mit den Grundſätzen über die Wirkung der Schenkungen von Seiten des Vaters an die in ſeiner Gewalt befindlichen Kinder. Obwohl dieſe nicht, wie die conferenda, aus dem Vermögen des Vaters eigentlich ausgeſchieden waren, ſollten doch die Beſchenkten ſie voraus haben; es würde alſo dadurch eine Modification in der Vertheilung des Nachlaſſes ſelbſt bewirkt; gleichwohl iſt zu dieſer ihrer Wirkſamkeit nur die Form der Schenkung erfordert, nicht die einer letztwilligen Verfügung. Vgl. Note 59, 60.

140) Vgl. Franke a. a. O. S. 248, und Recht der Notherben, S. 514 flg., 539. — Verkehrte Meinungen darüber hat Pfizer, §. 81, 82, 95.

141) L. 14. pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) Vgl. Franke, S. 248, Note 85. Wäre die Erlaſſung der Collation einem Prälegat zu vergleichen, ſo müßte man ſagen, der Collationsgegenſtand ſei pro parte hereditaria des Empfängers in die Falcidia einzurechnen. L. 30. §. 8. L. 74. D. ad leg. Falc.

142) Nov. 1. cap. 2. §. 2.

könnte aber die Frage entſtehen, ob nicht diejenigen, welchen von dem Miterben Etwas conferirt wird, dieſes in ihre quarta ſich einzurechnen haben, da ſie dieſen Zuwachs doch als Erben bekommen? Aber auch dieſe Frage muß conſequent verneint werden. Denn die lex Falcidia will ein Viertheil des Beſtandes der Erbſchaft dem Erben vorbehalten haben; die Collationsgegenſtände gehören aber nicht mehr zu der Erbſchaft, und die Collationsberechtigten erhalten ſie zwar nur als Miterben, aber doch nicht iure hereditario[143]). Man könnte dieſe Frage für unnütz halten, weil ja die Verletzung der Falcidia immer auch eine Verletzung des Pflichttheiles enthalte, da der letzte $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{2}$ des Inteſtaterbtheiles betrage. Dieß iſt aber dennoch nicht immer der Fall, weil ungeachtet einer Ueberſchwerung des Erbtheiles doch durch Legate und andere Zuwendungen, die in die Falcidia nicht einzurechnen ſind, der Verletzung des Pflichttheiles vorgebeugt ſein kann. Und bekanntlich wird, von Manchen ſogar nach römiſchem Rechte[144]), von Anderen wenigſtens nach canoniſchem Rechte, dem Pflichttheilsberechtigten noch außer dem Pflichttheile die quarta Falcidia zuerkannt[145]).

6) Streitig iſt die Frage, ob die Collation allen miterbenden Deſcendenten zu leiſten ſei, oder nur denjenigen, welche durch die Concurrenz des Collationspflichtigen in der Erbfolge beſchränkt werden? Bei der Collation der Emancipirten und bei der älteren dotis collatio war das Letzte angenommen[146]). Dieß iſt auch für die neuere Collation durch kein Geſetz ausdrücklich anders beſtimmt worden, namentlich nicht durch L. 19. Cod. h. t., als welche nur die Collationspflicht eines ganzen Stammes im Verhältniß zu anderen Stämmen in beſtimmter Beziehung feſtſetzt[147]). Gleichwohl wird von der weitüberwiegenden Mehrzahl der Rechtsgelehrten angenommen, daß es bei der neueren Collation darauf nicht mehr ankomme; daß vielmehr immer allen miterbenden Deſcendenten conferirt werden müſſe, ohne Rückſicht darauf, ob dieſe unmittelbar durch den Collationspflichtigen in der Erbfolge beſchränkt werden oder nicht[148]). Und allerdings entſpricht dieſe Anſicht dem Weſen der neueren Collation[149]). Es ſoll nach L. 17. Cod. h. t. aequitatis studio in dividendis rebus die dos oder a. n. donatio ex substantia parentis profecta conferirt werden; es wird eine aequalitas (*ἰσότης*, Nov. 18. cap. 6.) unter den Deſcendenten beabſichtigt, welche darin beſteht, daß

---

143) Es entſcheidet auch hier der Geſichtspunkt, welchen L. 14. pr. cit. andeutet in den Worten: **Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram, quia dos in hereditate patris non inveniretur. Cf. L. 1. §. 14. D. de coniungend. cum. em. lib.: Hoc enim non de bonis avi, sed propter bona postea iis accessit.**

144) Mühlenbruch, doctrina §. 759. not. 6.

145) Thibaut, §. 929, Note k. Vgl. Göſchen, §. 1042, 1071.

146) Vgl. oben Note 9—11, 94.

147) Mayer, Erbrecht, §. 125, Note 5, 6. Vgl. unten Nr. 8.

148) Pfizer, §. 92. Thibaut, §. 883, Note i. Mühlenbruch, doctr. §. 719. not. 5—9. Wening, Bd. 5, §. 181, Note q. Göſchen, §. 968, S. 474.

149) **Voet ad tit. Dig. de collat. §. 3.**

jene Gaben noch zur Theilung kommen, als wären ſie nicht aus dem Vermögen des Erblaſſers herausgekommen. Dieſer Zweck würde aber ganz verfehlt, wenn nicht jene Anſicht angenommen würde; wenn z. B. eine reich dotirte Enkelin nur ihren Geſchwiſtern zu conferiren hätte, mit Ausſchließung der übrigen Stämme, z. B. der Oheime oder Tanten, welche doch umgekehrt dem Stamme, welchem jene angehört, conferiren müßten. Es würden dann die Kinder des erſten Grades ſich immer ſchlechter ſtehen, als im gleichen Falle entferntere Deſcendenten eines anderen Stammes. Recht auffallend zeigt ſich dieſes in dem Falle der L. 20. §. 1. Cod. h. t. Söhne und Töchter müßten ihre donatio propter nuptias oder dos conferiren, andere Söhne oder Töchter dagegen die empfangenen donationes simplices; Enkel eines verſtorbenen Sohnes würden von jener Collation den Vortheil haben, aber möchten auch alle oder einzelne von ihnen die reichſten donationes simplices erhalten haben, ſie könnten dieſelben ganz für ſich behalten, weil ſie nur unter einander collationspflichtig wären. Wir finden alſo hier Sätze der älteren Collation, die mit dem Weſen der neueren ſich nicht vertragen, und von denen wir daher für dieſe keinen Gebrauch machen können.

7) Mit der eben beſprochenen berührt ſich nahe eine andere Frage: nach welchem Verhältniß nämlich die conferenda zu vertheilen ſeien? Es muß im Allgemeinen das Verhältniß der Erbtheile darüber entſcheiden, und wenn die unter Nr. 6) angenommene Anſicht richtig iſt, ſo kommt es auch unter Deſcendenten verſchiedener Grade darauf an. Dieß wird auch beſtätigt durch L. 19. Cod. h. t. Denn obwohl nach damaligem Rechte (vor Nov. 18. cap. 4.) Enkel weiblicher Abſtammung neben anderen Deſcendenten nur zwei Dritttheile des Erbtheiles ihres verſtorbenen Parens erhielten, ſollten ſie doch die ganze demſelben gegebene dos oder donatio ante nuptias in die Erbſchaft einwerfen, eben ſo wie die Miterben die ihrige, ut commixtis huiusmodi collationibus cum bonis mortuae personae duas quidem partes nepotes vel neptes habeant illius portionis, quae patri vel matri eorum, si superesset, deferebatur; tertiam vero eiusdem portionis partem una cum sibi competentibus portionibus filii vel filiae defunctae personae capiant. Nach den Grundſätzen der älteren Collation hätten nämlich die Enkel in dieſem Falle nur zwei Dritttheile der dos oder donatio ante nuptias zur Theilung hergeben müſſen, weil ſie nur zwei Dritttheile eines Stammtheiles den Söhnen und Töchtern entzogen [150]). Aber bei der teſtamentariſchen Erbfolge können mit den allein collationsberechtigten Deſcendenten noch andere Erben concurriren. Es fragt ſich, wie dann das Einzuwerfende zu vertheilen ſei? Bei der Collation der Emancipirten kommt ein ähnlicher Fall vor, nach deſſen Analogie man dieſe Frage entſcheiden kann. Wenn mehrere Emancipirte mit sui heredes concurriren, ſo conferirt dieſen jeder Emancipirte ohne Rückſicht auf die anderen Emancipirten, als erbte er allein mit jenen [151]). Man

---

150) Arg. L. 1. §. 3. D. de collat.
151) L. 1. §. 24. L. 2. §. 5. L. 3. §. 2. D. de collat. Vgl. Note 15.

geht wohl zu weit, wenn man dieſer von vier namhaften römiſchen Juriſten beſtätigten Rechnungsweiſe den Vorwurf macht, ſie beruhe auf einem falſchen Princip, und zwar auf einem falſchen Rechnungsprincip[152]). Sie beruht auf der Anſicht, daß der Emancipirte, indem er mit dem suus heres concurrirt, ſich nicht beſſer ſtehen ſollte als dieſer. Davon aber kann man füglich auch auf obigen Fall der neueren Collation analoge Anwendung machen. Ein Deſcendent ſoll dadurch, daß er vom Erblaſſer dos oder donatio ante nuptias erhalten hat, ſich nicht beſſer ſtehen als andere Deſcendenten. Dieß würde aber der Fall ſein, wenn er den dem Erbtheil des fremden Miterben entſprechenden Theil derſelben ausſchließlich für ſich behalten könnte. Man darf hierbei nicht ſchlechthin nur auf das Reſultat ſehen, welches ſtatthaben würde, wenn die dos im Vermögen des Erblaſſers geblieben wäre; denn wer weiß, ob dieſer alsdann den Fremden zu demſelben Theile zum Erben eingeſetzt hätte? Man muß auch berückſichtigen, daß derſelbe in gleichen Umſtänden auch wohl den anderen Deſcendenten eine dos von gleichem Belang gegeben haben möchte, und es vielleicht nur deßhalb nicht gethan hat, weil der Fall nicht eintrat.

8) Was den Gegenſtand der Collation betrifft, ſo wurde früher gewöhnlich als Regel aufgeſtellt: Alles dasjenige, was ein Deſcendent von dem verſtorbenen Aſcendenten bei deſſen Lebzeiten als freie Gabe empfangen habe, müſſe vom Empfänger conferirt werden. Dieſe Theorie verdankte wohl ihre Entſtehung nur einer mißverſtändlichen Verallgemeinerung desjenigen, was in L. 17. Cod. h. t. am Ende in Beziehung auf die Collation der Emancipirten ausgeſprochen wird[153]). Freilich wurden von dieſer Regel viele Ausnahmen gemacht, theils ſolche, die ſchon bei der Collation der Emancipirten vorkommen[154]), theils andere, mit Rückſicht auf neuere Conſtitutionen. Insbeſondere konnte nicht verkannt werden, daß nach L. 20. Cod. h. t. **donationes simplices** regelmäßig nicht der Collation unterworfen ſind. Man dachte ſich aber als Gegenſatz der **donationes simplices** ſolche Gaben, welche eine beſondere Veranlaſſung hatten, und kam ſo zu dem Satze, daß alle ſolche Gaben und nur dieſe zu conferiren ſeien; worin jedoch keine volle Uebereinſtimmung herrſchte, vielmehr, vorzüglich durch die Vermiſchung der verſchiedenen Arten der Collation, in einzelnen Punkten die verſchiedenſten Meinungen hervorgerufen wurden[155]). Dieſe Theorie geht aber über den Inhalt der Geſetze hinaus, indem ſie von einem willkürlich gebildeten Begriffe der **simplex donatio** ausgeht. Sie kann ſich nicht gründen auf L. 20. pr. Cod. h. t., verb. quod **tam in aliis quam in his**

---

152) **Förster**, de bon. poss. contra tab. §. 117. **Göſchen** a. a. O. S. 464, 482.

153) Vgl. Glossa ad h. l. — **Franke**, S. 219.

154) Vgl. oben Note 48—55.

155) **Bachov.** ad Treutler. II. disp. XVII. th. V. **Vinnius**, tractat. de collat. XV. 14. **Lauterbach**, Colleg. ad D. h. t. §. XI—XIX. **Berger**, oecon. II. 4. th. 51. **Stryk**, succ. ab intest. diss. XI. cap. 4. §. 15. **Voet** ad D. h. t. §. 11 sq. **Pfizer**, §. 106. — Vgl. **Franke**, S. 220 flg. **Göſchen**, S. 475—479.

quae occasione militiae[156]); denn hier iſt ja nur von anderen in den Pflichttheil einzurechnenden Gaben die Rede. Sie kann ſich auch nicht gründen auf L. 20. §. 1. cit.; denn der dort allerdings fünfmal vorkommende Ausdruck **simplex donatio** bezeichnet hier ſchlechterdings nur den Gegenſatz von dos und donatio ante nuptias[157]), alſo **jede** andere Schenkung, ſogar auch diejenige, bei welcher ausdrücklich die Anrechnung auf den Erbtheil ausgemacht worden iſt[158]). Man muß alſo jene Regel vielmehr ganz fallen laſſen und nur darnach fragen, welche Gegenſtände in den Geſetzen als zu conferirende bezeichnet ſind. Dieſe aber ſind:

a) Die dos, welche der Aſcendent für die Deſcendentin beſtellt oder hergegeben hat, ſei es, daß er ſelbſt oder ein Anderer in ſeinem Namen ſie dem Manne dando oder promittendo conſtituirte, oder daß er der Frau die Vermögensobjecte zu dem Zwecke übergab, damit ſie dieſelben dem Manne in dotem gebe[159]), wobei nur vorausgeſetzt werden muß, daß der Beſteller nicht ſich ſelbſt (und alſo ſeinen Erben) den Rückfall der dos ſtipulirt habe[160]).

b) Die donatio ante oder propter nuptias, welche der Aſcendent für den Deſcendenten hergegeben, nulla discretione intercedente, utrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponsos earum, ut per eos in sponsas donatio celebretur[161]). Dieſer Zuſatz und der ganze Zuſammenhang, ſo wie der gewöhnliche Sprachgebrauch des ſpäteren Conſtitutionenrechtes, ergibt unzweifelhaft, daß hier nur von dem eigenthümlichen der dos entſprechenden Inſtitut des ſpäteren Rechtes die Rede iſt, auf welches ſich L. 17. sq. Cod. de donat. ante nupt. beziehen, und welchem Juſtinian den Namen donatio propter nuptias beigelegt hat[162]).

c) Der Werth oder Vortheil einer vom Aſcendenten dem Deſcendenten angeſchafften militia, eines käuflichen Dienſtes[163]).

d) Andere Schenkungen (simplices donationes) unter folgenden Vorausſetzungen: α) wenn ſie mit der Beſtimmung gegeben worden, daß

---

156) So will **Pfizer** a. a. O. Vgl. **Franke**, S. 204.

157) Wie in L. 20. §. 1. Cod. de donat. ante nupt. — Vgl. **Franke**, S. 207—210. — Wollte man auch einen engeren Sinn mit donatio simplex verbinden, ſo würde es doch an einer geſetzlichen Beſtimmung über Collation desjenigen, was nicht dos oder donatio ante nuptias und nicht donatio simplex iſt, gänzlich fehlen. Denn L. 20. cit. ſagt davon nichts.

158) Wenn es am Ende der L. 20. cit. heißt: Simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit, ſo iſt klar, daß eine Schenkung der letzten Art nicht in Gegenſatz zu der simplex donatio geſtellt, ſondern darunter begriffen iſt.

159) L. 17. Cod. h. t. ſagt dieß zwar wörtlich nur in Beziehung auf die donatio ante nuptias, verb. nulla discretione intercedente etc.; aber unbedenklich gilt daſſelbe auch von der dos.

160) Arg. L. 1. §. 1. D. de dot. collat.

161) L. 17. Cod. h. t.

162) **Franke**, S. 194—199.

163) L. 20. pr. Cod. h. t. Vgl. Note 201.

ſie auf den Pflichttheil angerechnet werden[164]), der Beſchenkte aber dennoch nicht auf den Pflichttheil beſchränkt worden iſt (vergl. Nr. 4). β) Wenn der Erblaſſer ſonſt irgendwie bei der Schenkung die Intention zu erkennen gegeben hat, daß dieſelbe conferirt werden ſolle[165]), alſo vorzüglich, wenn dieß ausdrücklich ausgeſprochen oder die Schenkung zur Abrechnung auf den künftigen Kindeserbtheil gegeben worden iſt[166]). In dieſer Beziehung aber können allerdings des Beweiſes wegen die von dem Erblaſſer geführten Annotationen über freiwillige Gaben an die Deſcendenten wohl erheblich ſein[167]). γ) Wenn andere Deſcendenten, die nicht ebenfalls simplices donationes empfangen haben, dos oder donatio ante nuptias conferiren, während der Beſchenkte ſolche nicht zu conferiren hat[168]). Hierbei entſteht noch der Zweifel, ob man dieß auch auf mortis causa donationes anzuwenden habe? Man könnte dieſe ſchon nach dem allgemeinen Princip in L. 20. pr. Cod. h. t. unbedingt der Collation unterworfen halten, weil ſie allemal in den Pflichttheil eingerechnet werden[169]). Allein aus dieſem Grunde kann man es von mortis causa donationes ſo wenig behaupten, wie von Vermächtniſſen, welchen jene in dieſer Beziehung nur gleichgeſtellt werden. Es kann nur die Frage ſein, ob ſie nicht umgekehrt gleich den Vermächtniſſen überall von der Collation auszunehmen ſeien, wo nicht etwa dieſe ausdrücklich angeordnet iſt. Aber es iſt gewiß die richtige Entſcheidung dieſe, daß nicht auch in dieſem Punkte eine Gleichſtellung mit den Legaten zu behaupten ſei. Die donationes mortis causa ſind immer Schenkungen; ſie ſind nirgends allgemein den Legaten gleichgeſtellt worden, und ihre Widerruflichkeit gibt keinen Grund, die Beſtimmung der L. 20. §. 1. nicht auf ſie anzuwenden[170]).

Von den hier aufgezählten Gegenſtänden der Collation kommt nun die donatio propter nuptias in ihrer eigentlichen römiſchen Bedeutung als praktiſches Rechtsinſtitut bei uns nicht mehr vor, und auch von der unter c) erwähnten militia iſt bei uns keine Rede mehr. Demnach würde ſich denn die Collation der Deſcendenten nur noch auf die dos und auf gewöhnliche Schenkungen beſchränken, die letzten aber nur unter den sub d) angegebenen beſonderen Vorausſetzungen ergreifen. Allein es kann in Wahrheit eine wohlbegründete Praxis genannt werden, daß überhaupt Alles conferirt werden müſſe, was den Kindern zur Einrichtung einer geſonderten Wirthſchaft, alſo namentlich bei Eingehung einer Ehe zu ihrer

164) Dieß folgt von ſelbſt aus L. 20. pr. Cod. h. t. vgl. mit L. 25. D. de inoff. test. (3. 2.) und L. 35. §. 2. Cod. eod. 3. 28.

165) L. 20. in f. Cod. h. t.

166) Doch kann nicht in jedem Falle der ſogenannte Vorempfang auf künftige Erbſchaft unter den Geſichtspunkt der eigentlichen Collation geſtellt werden. Pfizer, §. 108.

167) Roßhirt a. a. O. S. 439.

168) L. 20. §. 1. Cod. h. t. Den Fall, daß der eine nach Nr. c) oder d) α) β) etwas zu conferiren, der andere aber simplicem donationem empfangen hat, berührt das Geſetz nicht.

169) §. 6. J. de inoff. test. L. 8. §. 6. D. eod. 5. 2.

170) Roßhirt a. a. O. S. 442.

Ausſtattung, vom Aſcendenten gegeben worden [171]). Bei aller ſonſtigen Verſchiedenheit der Meinungen hat dieſer Satz bis auf die neueſte Zeit die conſtanteſte Anerkennung gefunden [172]), und wenn man auch denſelben durch unzureichende theoretiſche Gründe zu rechtfertigen ſuchte, ſo lag ihm doch ein richtiges Gefühl des praktiſchen Bedürfniſſes zum Grunde, welches eben dadurch ſich geltend machte, daß die wahre römiſche propter nuptias donatio in unſerem Rechte nicht einheimiſch geworden iſt. Dieſe Ausſtattungen oder elterlichen Aushilfen ſind Gaben, von denen nach der herrſchenden gemeinen Anſicht im Zweifel nicht anzunehmen iſt, daß ſie den Empfänger vor Anderen bevortheilen ſollten; von denen vielmehr zu vermuthen iſt, daß ſie anderen Deſcendenten im gleichen Falle ebenfalls würden zugewendet worden ſein, und die inſofern der dos ſehr analog ſind.

9) Die im Allgemeinen der Collation unterworfenen Gaben brauchen doch im einzelnen Falle nur inſofern conferirt zu werden, als der Empfänger nach dem Tode des Gebers noch Vortheil davon hat. Dieſer Grundſatz der älteren Collation mit ſeinen näheren Beſtimmungen oder Modificationen iſt unbedenklich auf die neuere Collation noch anzuwenden [173]). Daher wird in Anrechnung gebracht, was vor dem Tode des Aſcendenten dolo malo oder nachher culpa des Empfängers verloren worden, und in Abrechnung, was dann nachher ohne Schuld deſſelben zu Grunde gegangen oder verſchlechtert worden iſt [174]). Was aber insbeſondere die dos betrifft, ſo muß dieſelbe der Regel nach ſofort vollſtändig zur Collation kommen, wenn gleich zur Zeit noch die Ehe nicht getrennt iſt, alſo die dos noch nicht zurückgefordert werden kann [175]). Aber es kommt darauf an, ob der Mann im Stande iſt, die ganze dos zurückzuzahlen. Nach älterem Rechte kam dieß nur in Betracht, wenn die Ehe ſchon aufgelöſt war [176]). Nach Juſtinian's Nov. 97. cap. 6. aber ſoll die Frau, si quidem suae potestatis et perfectae aetatis mulier est, ſich ſelbſt die Schuld beimeſſen, wenn ſie nicht vorſorglich von ihrem Rechte Gebrauch gemacht hat, wegen drohender Inſolvenz des Mannes ſchon während der Ehe die dos in Sicherheit zu bringen, und ſoll daher die ganze dos ſich anrechnen; wenn ihr dagegen, ſei es wegen ihres Alters, ſei es wegen Renitenz des Vaters, in deſſen Gewalt ſie ſich befindet, jene Schuld nicht imputirt werden kann, ſo ſoll ſie nur ihre Klagen

---

171) Puchta, Lehrb. §. 504, Note u. Mühlenbruch, §. 720. not. 6. Vgl. Mayer, §. 127 a. E. mit §. 126 a. E., welcher freilich die Ausſtattung der Söhne von dieſen nur als Emancipirten conferirt wiſſen will.

172) Vgl. die Schriftſteller in Note 155. Lauterb. ad tit. D. de dot. collat. §. XI. Struv. syntagma cum addit. Mülleri ad tit. cit. §. XLIII. Bausch, de subsidio parentum collationi obnoxio. Gött. 1773. — Dagegen Franke, §. 222. Wening, Bd. 5, §. 183, Note m.

173) Vgl. L. 20. pr. Cod. h. t. und darüber Note 201.

174) L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. D. de collat. Vgl. Note 43, 44.

175) Arg. L. 5. Cod. h. t. L. 1. §. 6. D. de dot. collat. Cf. Nov. 97. cap. 6. pr.

176) L. 1. §. 6. cit. Cf. Nov. cap. 6. pr. cit.

gegen den Mann oder deſſen Erben zu cediren verpflichtet ſein; nach dem ganzen Zuſammenhange des Geſetzes aber macht es hierin keinen Unterſchied, ob jene culpa vor oder nach dem Eintritte des Erbfalles ſtattgefunden habe. Kommt übrigens nur die Bereicherung zur Zeit des Erbfalles in Betracht, ſo müſſen auch die auf die Sache gemachten Verwendungen in Abzug kommen, ſo weit ſie nicht blos in gewöhnlichen laufenden Ausgaben beſtehen, die dem Genießenden zur Laſt fallen. Bei der dos wird zwar nach den Pandekten nur der Abzug der necessariae impensae geſtattet[177]; aber wohl nur aus dem Grunde, weil nach claſſiſchem Rechte regelmäßig wegen anderer impensae auch der Mann keinen Abzug machen konnte; inſofern dieß nun aber nach Juſtinianiſchem Rechte möglich iſt, muß conſequent auch bei der Collation ein gleicher Abzug zugegeben werden[178]. Auf der anderen Seite ſind aber auch die Acceſſionen des urſprünglichen Collationsgegenſtandes mit in Anſchlag zu bringen[179], und insbeſondere können auch Früchte und Zinſen in Rechnung kommen. Dieſe letzten zu leiſten ſoll der Collationspflichtige nach der Meinung Vieler nur ex mora verpflichtet werden, alſo nachdem er zur Collation aufgefordert worden iſt[180]. Dieß iſt auch nach allgemeinen Grundſätzen richtig in Anſehung des Erſatzes für Früchte, die er nicht wirklich gezogen hat, die aber dem Collationsberechtigten würden gewonnen ſein, wenn die Collation zeitig geſchehen wäre. In Anſehung der wirklich gewonnenen Früchte aber muß vielmehr behauptet werden, daß dieſelben gleich der Hauptſache ſelbſt conferirt werden müſſen, ob der Collationspflichtige in mora ſei oder nicht[181]. Dieß erfordert die Conſequenz der Sache ſelbſt; denn gehörten die Collationsgegenſtände wirklich zu der Erbſchaft, ſo würden ja auch die Früchte derſelben den Miterben pro partibus hereditariis zu Gute kommen; ſie ſind aber im Verhältniß zu den collationsberechtigten Miterben ſo zu behandeln, als gehörten ſie zu der Erbſchaft, und, wenn ſie nicht ſofort conferirt werden, iſt es ſo zu beurtheilen, als wenn ein Miterbe von einzelnen Sachen der Erbſchaft allein einſtweilen den Genuß gehabt hätte, der ihnen gemeinſchaftlich gebührte. Und dieß wird auch durch den betreffenden Ausſpruch der Quellen ſelbſt beſtätigt[182].

---

177) L. 1. §. 5. D. de dot. collat. Quum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non.

178) L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. (5. 13.), vergl. mit L. 8. D. de impensis. (25. 1.) Pfizer, §. 254. Göſchen a. a. O. S. 481.

179) Arg. L. 10. §. 1. 2. L. 69. §. 9. D. de iure dot. (23. 3.)

180) Göſchen a. a. O. Thibaut, §. 886, Note n. o. Mayer, §. 125, Note 10.

181) Wening, Lehrb. §. 185, Note u. v.

182) L. 5. §. 1. D. de dot. collat. Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat. Nach Auflöſung der Ehe gewinnt die Frau Früchte und Zinſen der dos; verzögert ſie nun deren Collation, ſo muß ſie auch dieſe conferiren; es muß ja auch der emancipirte Bruder die Früchte conferiren, die er nach dem Tode des Vaters von den zu conferirenden

10) Nach dem Bisherigen kann nun leicht über einige Gegenſtände, von deren Collation man wohl geſprochen hat, entſchieden werden. Es gehören dahin a) Alimente. Dieſe hat der Aſcendent entweder α) pflichtſchuldig geleiſtet; dann kann von einer Collation derſelben nicht die Rede ſein, theils weil die bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit keine Gabe der Liberalität iſt, theils ſchon aus dem Grunde nicht, weil die elterliche Alimentationspflicht nicht über das wahre Bedürfniß hinausreicht, und, wenn ſich die Gabe darauf beſchränkte, zur Zeit des Todes keine Bereicherung mehr davon vorhanden ſein wird; oder β) er iſt in Anweiſung derſelben über ſeine Schuldigkeit hinausgegangen; dann fällt entweder der Ueberſchuß unter den Geſichtspunkt einer simplex donatio (Nr. 8. d), oder es iſt credendi causa gegeben, und muß dann als Schuld an die Erbſchaft herausgezahlt, nicht im wahren Sinne conferirt werden. Dieſelben Geſichtspunkte treten auch b) bei den vielbeſprochenen Studienkoſten ein, und man kann hier wie dort nicht für den animus credendi vermuthen[183]). Auch daß, c) was ein Aſcendent als Löſegeld für den Deſcendenten bezahlt hat, regelmäßig nicht zu conferiren ſei, braucht nicht erſt durch Allegation einer doch nicht paſſenden Stelle[184]) dargethan zu werden. Nicht minder gewiß iſt, d) daß die von den Eltern aufgewandten Koſten des Hochzeitfeſtes bei Verheurathung der Kinder keinen Collationsgegenſtand bilden, ſchon deßhalb nicht, weil ſie verzehrt worden, aber auch deßhalb, weil ſolcher Aufwand von den Eltern mehr in eigenem Namen des Anſtandes wegen, als für die Kinder gemacht zu werden pflegt. Gewöhnlich wurden nach der älteren Theorie e) auch remuneratoriſche Schenkungen von der Collation ausgenommen, und auch von Neueren wird noch eine Ausnahme für dieſe behauptet, ſo daß ſie auch nicht in dem Maße, wie andere gewöhnliche Schenkungen, zur Collation kommen ſollen [185]). Und in der That iſt dieß auch der Natur der Sache entſprechend. Man darf annehmen, daß bei einer remunerandi causa vorgenommenen Schenkung ſchon der Wille des Schenkers die Collation ausſchließe; denn ſonſt könnte ja ſeine Abſicht zu remuneriren ganz vereitelt werden. Endlich f) werden noch einige andere Ausnahmen angeführt, welche von der Collation der Emancipirten hergenommen ſind[186]). Dieſe können aber nicht ohne Weiteres hierher gezogen werden. Der Grund namentlich, weßhalb

---

Gütern gezogen hat; und es hat ja die Tochter auch ſofort vom Zeitpunkte des Todes die Früchte von ihrem Erbtheil in Anſpruch zu nehmen. — Dieß iſt der Sinn dieſer Stelle; die angeführten Gründe der Entſcheidung würden nicht zutreffen, wenn man die Worte moram collationi fecit ſo verſtehen wollte: ſie iſt durch Interpellation in Mora verſetzt worden; ſie bezeichnen hier nichts, als daß die Collation nicht alsbald geſchehen, da ſie hätte geleiſtet werden ſollen. Vgl. Voet ad h. t. §. 24: At qui post mortem ex mora quadam percepti sunt, omnino conferri debent.

183) L. 50. D. fam. ercisc. (10. 2.) Vgl. Franke, S. 177. Sehr weitſchweifig handelt davon Pfizer, S. 489—326.

184) L. 17. Cod. de postliminio. (8. 51.)

185) Wening, Bd. 5, §. 183, Note e, vergl. Bd. 3, §. 213, Note ll. Thibaut, §. 884, Note e. Mühlenbruch, §. 720. nr. 4.

186) Vgl. Note 51, 53, 54.

das castrense peculium von der Collation der Emancipirten ausgenommen war, findet gar nicht ſtatt bei der allgemeinen Collation der Deſcendenten in Rückſicht desjenigen, was der Aſcendent einem Deſcendenten zu deſſen castrense peculium gegeben hat, und es war daher ungegründet, wenn dieſes früher allgemein von der Collation ausgenommen wurde [187]). Vielmehr iſt es, wenn nicht creditirt, nur als gewöhnliche Schenkung zu betrachten und gleich dieſer nach Umſtänden zu conferiren. Dasjenige aber, was einem Deſcendenten dignitatis nomine oder zur Erlangung einer Würde oder nicht wiederverkäuflichen Bedienung gegeben worden, kann wohl aus dem Grunde von der Collation ausgenommen werden, weil es nicht als ein die Kinder bereichernder Gewinn angeſehen werden kann [188]). Doch wird es hierbei noch darauf ankommen, ob nicht der Deſcendent den Aufwand jedenfalls aus eigenem Vermögen gemacht haben würde, was er nun geſpart hat, und ob nicht das dazu Hergegebene blos creditirt ſein ſollte [189]).

11) Aber nicht blos das, was ein Deſcendent ſelbſt unmittelbar von dem Erblaſſer an Collationsgegenſtänden erhalten hat, muß er conferiren, ſondern auch was dem Parens iſt gegeben worden, in deſſen Stelle tretend jener den Aſcendenten höheren Grades mitbeerbt. Dieſer Punkt war vor Juſtinian controvers; er hat eine Entſcheidung darüber gegeben in L. 19. Cod. h. t., die aber freilich die Sache dennoch nicht aller Controverſe enthoben hat. In jedem Falle haben die Enkel, beziehungsweiſe Urenkel, nicht mehr zu conferiren, als ihr Parens zu conferiren hätte, und ſie haben nur zu conferiren, wenn ſie Erben des Großvaters oder Urgroßvaters werden (nach Nr. 1). Streitig aber iſt es, ob ſie in dieſem Falle unbedingt anſtatt ihres Parens conferiren müſſen [190]), oder nur unter der Vorausſetzung, daß die conferenda deſſelben auch an ſie gekommen ſind, alſo namentlich wenn ſie deſſen Erben geworden ſind [191]). Für die erſte Anſicht ſpricht entſcheidend L. 19. Cod. cit. Sie verordnet unbedingt, nepotes vel neptes patruis suis aut avunculis, amitis etiam et materteris dotem vel ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, conferre. In dieſe Beſtimmung kann die Vorausſetzung, daß die Enkel Erben des Vaters oder der Mutter geworden ſeien, durchaus nicht hineingetragen werden. Denn zu der Zeit, als L. 19. cit. erlaſſen wurde (a. 528), ging die Dotalforderung regelmäßig noch gar nicht auf die Er-

---

187) Z. B. Pfizer, §. 137, auch noch Mühlenbruch, §. 720. not. 10. Vgl. Göſchen, S. 477.

188) Thibaut, §. 884, Note d. Vgl. auch Pfizer, §. 126.

189) Wening, §. 183, Note g.

190) Dieß iſt beſonders vertheidigt von Wernher, obs. for. tom. II. p. VI. obs. 499. et additam. p. 144—168. Vgl. Pfizer, §. 93. Thibaut, §. 883, Note k. Wening, §. 180, Note k. kk. Schweppe, Privatrecht §. 863.

191) Mühlenbruch, §. 719. not. 12—14. Puchta, Lehrb. §. 504, Note t. Göſchen, §. 969, Note 4, 5. Dem hier angeführten Zeugniß Hofacker's (§. 1664) über die Praxis widerſpricht übrigens Wernher (l. c. p. 144), der die entgegengeſetzte Anſicht communem sententiam nennt.

ben der Frau über; erſt im Jahre 530 iſt dieſes durch L. un. Cod. de rei uxoriae act. eingeführt worden; es kann alſo nicht angenommen werden, daß Juſtinian auf den Umſtand der Beerbung in L. 19. cit. irgend Gewicht gelegt habe; vielmehr muß das Motiv ſeiner Entſcheidung wirklich dieſes geweſen ſein, daß die Enkel als in parentis sui locum succedentes auch nicht mehr erhalten ſollten, wie ihr parens erhalten würde. Dieß iſt auch durch die Novellen nicht abgeändert, welche nur den Enkeln den vollen Stammtheil ihres parens ertheilt haben, von dem ſie nach L. 19. cit. nur erſt zwei Dritttheile erhielten, wenn ſie nicht sui oder emancipati waren. Daß übrigens Enkel eines Stammes in gleicher Weiſe auch Enkeln eines anderen Stammes zu conferiren haben, wie deren Vater oder Mutter conferirt werden müßte, iſt nicht zu bezweifeln [192]).

12) In Betreff der Enkel und Urenkel hat man auch noch die Frage aufgeworfen, ob dieſelben auch was ſie ſelbſt bei Lebzeiten ihres Vaters oder ihrer Mutter u. ſ. w. von den Großeltern oder Urgroßeltern empfangen haben, conferiren müſſen? Man hat dieß bezweifelt, weil die Enkel ſolches noch nicht als nächſte Inteſtaterben erhielten, da ſie von der Inteſtaterbfolge zu dieſer Zeit noch durch ihren Parens ausgeſchloſſen ſeien worden [193]), und nur wenn der Großvater der Enkelin eine dos necessaria beſtellt habe, ſoll dieſe nichtsdeſtoweniger conferirt werden [194]). Aber dieſe Beſchränkung iſt ohne Fug in die Geſetze hineingetragen, welche die Deſcendenten ſchlechthin, wofern ſie Inteſtaterben ſein würden, zur Collation verpflichten. Es iſt eine falſche Vorſtellung, daß in jenem Falle die Gaben nicht anders anzuſehen ſeien, als ſeien ſie an fremde Perſonen, nicht Deſcendenten, gemacht worden, und inconſequent iſt es, aus der geſetzlichen Verpflichtung zur Dotation eine Collationspflicht herzuleiten in einem Falle, wo ſie ſonſt nicht beſteht [195]).

13) Bisher iſt unterſucht worden, in welchen Fällen geſetzlich die Collation ſtattfinde. Ohne Zweifel kann aber durch eine letztwillige Dispoſition die Collation auch außerdem für ſolche Perſonen oder Gegenſtände angeordnet werden, für welche ſie geſetzlich nicht ſtattfindet. Dieß iſt aber dann auch nur gleich einem anderen, durch den Willen des Erblaſſers einem Erben auferlegten, Onus zu beurtheilen, und mit Rückſicht auf die hierüber geltenden allgemeinen Grundſätze die Giltigkeit und die Wirkung dieſer Auflage zu beſtimmen. Auch durch Vertrag läßt ſich ein gleiches Reſultat erzielen, nicht nur nach teutſchem, ſondern auch nach römiſchem Rechte, und nicht nur durch die einer Schenkung an den Deſcendenten gleich anfangs hinzugefügte Bedingung der Collation, ſondern auch nachher und in anderen Fällen; indem man die betreffende Verabredung als ein zu Gunſten der Erben gegebenes Verſprechen zu betrachten hat, das nach neuerem römiſchen Rechte giltig iſt. Aber es iſt denn auch

192) Vgl. Wernher l. c. obs. 500. Voet ad Dig. h. t. §. 4.
193) Pfizer, §. 87—90. Roßhirt, S. 435, 436.
194) Roßhirt a. a. O. sub Nr. 2.
195) Vgl. beſonders Voet ad Dig. h. t. §. 3.

hier keine wahre Collation, ſondern nur eine vertragsmäßige Verbindlichkeit ähnlichen Inhaltes begründet.

14) Endlich muß nun noch die Art und Weiſe, wie die Collation vollzogen und geltend gemacht werden kann, beſtimmt werden. Darüber enthält das neuere Recht keine beſondere Vorſchriften; es ſind aber die betreffenden Beſtimmungen für die ältere Collation leicht auch auf die neuere anzuwenden[196]). Reell kann die Collation geleiſtet werden entweder durch Herausgabe der Collationsgegenſtände in natura, oder durch anderweitige Vergütung nach ihrem Werthe[197]). Ob dieß der Wahl des Conferenten zu überlaſſen ſei, iſt ſtreitig[198]). Unbedingt kann dieß gewiß nicht behauptet werden, ſo daß nämlich auch die Art der Vergütung der Willkür des Conferenten überlaſſen wäre. Man kann höchſtens zugeben, daß derſelbe nach Belieben den Werth in baarem Gelde vergüten könne. Eben deßhalb aber kann man die bejahende Behauptung überhaupt gar nicht auf L. 1. §. 12. D. de collat. gründen, wie gewöhnlich geſchieht. Man müßte es dann der Wahl des Conferenten überlaſſen, ob er durch Delegation eines Schuldners, durch Hingabe eines Grundſtückes oder einer anderen Sache u. ſ. w. den Werth des Collationsgegenſtandes vergüten wolle. Dieſe Stelle beweiſt auch ſchon deßhalb nichts, weil alle dort erwähnten Handlungen die Zuſtimmung der Anderen weſentlich vorausſetzen, und dieſelbe alſo nichts anderes ſagt, als emancipatum satis contulisse videri, wenn auf ſolche Weiſe die Miterben befriedigt worden, nicht im Geringſten aber andeutet, daß die Miterben ſich dieſes durchaus gefallen laſſen müßten. Noch weniger beweiſt L. 5. Cod. h. t. für die bejahende Behauptung; ſie ſpricht nur aus, daß die Frau alſo ſich nicht dürfe beigehen laſſen, die dos vor der Zeit vom Manne zurückfordern zu wollen, weil ſie dieſelbe ihren Brüdern conferiren müſſe; und deutet dabei an, daß die Collation ſich auch ſchon bewerkſtelligen laſſe, wenn gleich die Collationspflichtige vorläufig ſelbſt noch nicht der dos habhaft werden könne. Sie ſetzt auch gar nicht einmal die Nothwendigkeit einer Werthberechnung voraus; denn ihre Entſcheidung paßt eben ſo gut für den Fall, wenn die ganze dos nur in einer Summe Geldes beſteht, wie für jeden anderen. Wir müſſen alſo anerkennen, daß wir über unſere Frage in den Quellen in der That gar keine Entſcheidung haben. Nach der Natur der Sache aber können wir nur dieſes behaupten, daß, wenn die Parteien ſich nicht in Güte über die Art und Weiſe der Collation vereinigen, der iudex familiae erciscundae nach ſeinem Arbitrium eine den Verhältniſſen angemeſſene Anordnung zu treffen habe; und dabei wird es allerdings der Billigkeit gemäß ſein, dem Conferenten auf ſein Begehr den ausſchließlichen Beſitz der Collationsgegenſtände zu überlaſſen, wenn er ein vollkommen genügendes Aequivalent dafür bietet.

---

196) Vgl. oben Note 21—35, 98—100.

197) L. 1. §. 11. 12. D. de collat. bon. L. 1. §. 8. D. de dot. collat.

198) Dafür z. B. Voet l. c. §. 9. Thibaut, §. 886. Wening, Bd. 5, §. 184. Göſchen, §. 970. — Dagegen Lauterbach, de dot. collat. §. 52. ad Dig. h. t. §. 21. Vinnius l. c. cap. 16. Am ausführlichſten Pfizer, §. 193—202.

Streitig iſt auch, nach welchem Zeitpunkte der Werth zu berechnen ſei, wenn nicht die Sachen in natura conferirt werden? Von Vielen wird behauptet, nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblaſſers[199]). Ein Hauptargument dafür findet man in dem Ausſpruche der L. 20. pr. Cod. h. t.[200]) Dieſer iſt aber wahrlich gar nicht geeignet, eine ſolche Regel zu begründen, ſondern erklärt ſich lediglich durch die beſondere Natur des dort erwähnten Gegenſtandes[201]). Außerdem entbehrt jene Be-

---

199) Vgl. die vier erſten Citate der vorigen Note. Dagegen Pfizer, §. 202 flg.

200) Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 119.

201) Die L. 20. ſagt: Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is qui militiam meruit, locum habebit: ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum quartae parti computetur, sed etiam ab intestato conferatur. Dieß erklärt ſich durch Vergleichung mit L. 30. §. 2. Cod. de inoff. test., wo Juſtinian verordnete, es ſolle in den Pflichttheil eingerechnet werden, quae occasione militiae ex pecuniis mortui eisdem personis acquisitae posse lucrari (ſo iſt zuverläſſig auch hier zu leſen, nicht acquisita, posse lucr., was einen ganz falſchen Sinn gibt) eas manifestum est, eo quod talis sit militia, ut vendatur vel mortuo militante certa pecunia ad eius heredes perveniat. Hier iſt vorerſt wohl zu bemerken: es iſt nicht die militia ſelbſt, welche in den Pflichttheil eingerechnet oder conferirt werden ſoll, ſondern nur ea quae occasione militiae lucrari potest. Dafür könnte man den Preis anſehen, welcher durch Verkauf der militia erlangt werden könnte. Aber dieſer war ungewiß; er konnte nur durch den Verſuch des Verkaufes erfahren werden; der militans ſollte aber nicht zum Verkaufe, alſo zum Aufgeben des Dienſtes gezwungen werden. Dagegen gab es einen anderen feſtſtehenden Maßſtab des Werthes; er beſtand in derjenigen Geldſumme, welche nach dem Tode des militans von dem Nachfolger an die Erben deſſelben gezahlt werden mußte; certa pecunia — L. 30. §. 2. cit. — quod pro eisdem militiis pro tenore communis militantium placiti vel divinae sanctionis tale praestantis beneficium dari solet — L. 27. Cod. de pignor. (8. 14) Vgl. L. 7. 11. Cod. de proximis sacr. (12. 19.) — τὰ ἐκ τοῦ καλουμένου κάσου στρατείας — Nov. 53. cap. 5. denn gewiß iſt hier nach Köhler's Emendation ſtatt τάς zu leſen τά; es erinnert an ea quae occasione militiae lucratur; vgl. aber Nov. 97. cap. 4. τοῦ κάσου γινομένου; Cuiac. ad L. 3. §. 7. D. de minor., in opp. edit. Neap. I. c. 990. ad tit. Cod. de collat. und de pignor. ibid. IX. c. 697. 1199. — und dieſe Summe war bei einigen militiae auch der höchſte erlaubte Verkaufspreis — Nov. 35. in der Ausgabe von Spangenberg oder Oſenbrüggen, vgl. Cuiac. opp. II. c. 1088. — Juſtinian beſtimmt nun in L. 30. §. 2. cit. ausdrücklich, daß dieſe Summe ſolle in den Pflichttheil eingerechnet werden, und zwar verordnet er, weil es möglich wäre, daß der militans nach dem Tode erſt einen höheren Grad erlangte, noch genauer dieſes: ita tamen, ut ille gradus eiusdem militiae inspiciatur, quem in morte testatoris militans obtinet: ut tanta ei pecunia in legitimam portionem computetur, quantam dari constitutum est, si in eo gradu mortuus esset is, qui militiam ex pecuniis testatoris adeptus est. Dieſe fixirte Geldſumme alſo iſt das lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, das daher nach L. 20. pr. auch conferirt werden muß. Dieſe Beſtimmung war auch vollkommen conſequent; denn wenn der Erblaſſer ſelbſt die militia inne gehabt hätte, ſo würden ja ſeine Erben eben dieſe Summe erhalten haben; von einer ſpäteren Erhöhung derſelben, es ſei denn durch Verzugszinſen, kann keine Rede ſein. Hiernach iſt es denn wohl klar genug, daß man dieſen Fall nicht vergleichen kann mit ſolchen, da der Werth der Collationsgegenſtände ſelbſt geſtiegen iſt, ſei es durch Acceſſionen, ſei es durch Steigerung des geltenden Preiſes.

hauptung alles Grundes und die Natur der Sache ſpricht entſchieden dagegen. Gehörten die conferenda zur Erbſchaft, ſo würden ſie gleich anderen Erbſchaftsobjecten zur Theilung kommen, und wenn ſie einem Miterben allein überwieſen würden, ſo würde die Vergütung, welche dafür den anderen zu leiſten wäre, nur nach dem gegenwärtigen Werthe ſich beſtimmen. Die Collation hat aber offenbar den Zweck, denſelben Erfolg zu erzielen, als wenn jenes der Fall wäre; und nur ſo wird die beabſichtigte Gleichſtellung der Erben erreicht. Auch iſt ja anerkannt, daß eine zufällige Verſchlechterung der Sache ſeit dem Todesfalle dem Conferenten nicht zur Laſt falle. Iſt denn eine zufällige Minderung ihres Werthes, wenn ſie auch ohne materielle Verſchlechterung eingetreten ſein ſollte, ſo weſentlich verſchieden? Oder glaubt man, wenn der Werth geringer geworden, ſo möge der Conferent den jetzigen Werth vergüten; wenn aber derſelbe erhöht worden, ſo genüge es, den geringeren Werth zur Zeit des Todes zu erſetzen? Da würde die Regel, ſehr inconſequent, zur Hälfte aufgegeben. Und doch! Wollte man, um die Conſequenz zu retten, behaupten, er müſſe unbedingt entweder die Sache ſelbſt hergeben, oder deren Werth zur Todeszeit erſetzen: wird er da nicht im Fall einer Verminderung des Werthes immer die Sache ſelbſt hergeben, und dann in der Theilung dieſelbe dennoch für ihren jetzigen Werth wieder erlangen können, im Falle einer Erhöhung des Werthes aber die Sache behalten und den früheren geringeren Werth erſetzen? Einfach und plan iſt dagegen Alles, wenn man annimmt, daß eigentlich die Sachen ſelbſt zu conferiren ſind, daß aber in dividendis rebus auch der Werth derſelben vergütet werden kann, und zwar natürlich derjenige, den ſie eben jetzt in der Zeit haben, in welcher ſie durch denſelben vertreten werden ſollen. Damit ſtimmen auch die Ausſprüche unſerer Quellen, ſowohl in Beziehung auf die Collation der Emancipirten, als in Beziehung auf die neuere collatio dotis überein [202]).

Wenn die Collation nicht alsbald reell geleiſtet werden kann, ſo muß Caution dafür geſtellt werden. Bei der Collation der Emancipirten war dieſe vorangeſtellt, gewiß aus dem Grunde, weil ſie alle Güter des Emancipirten ergriff, dabei aber meiſtentheils eine reelle Collation ſich ſo bald nicht wird bewerkſtelligen laſſen, oder doch wenigſtens leicht Zweifel über ihre Vollſtändigkeit entſtehen konnten [203]). Bei der neueren Collation, als welche ſich nur auf beſtimmte Objecte beſchränkt, wird dagegen meiſtentheils die reelle Collation leicht möglich ſein, und daher die Caution nur im Nothfall eintreten. Die Caution aber hat doch nur den Zweck, die reelle Collation herbeizuführen und zu ſichern. Iſt jene geleiſtet wor-

202) Vergl. oben Note 43—45, 182. Man beachte namentlich Ausdrücke wie folgende: sua bona in medium conferant, qui appetant paterna; propria bona, dividat bona sua cum fratribus; constet, quid sit in bonis emancipati; si dicantur quaedam non esse in commune redacta; L. 1. pr. §. 10—12. vgl. L. 2. §. 2—4. D. de collat. bon. Ferner: cum bonis dotem confundi L. 8. Cod. h. t. in dividendis rebus dos, donatio ante nuptias conferatur. L. 17. Cod. h. t. Vgl. L. 19. Cod. h. t.

203) L. 1. §. 11. D. de collat.

den, ſo gibt die Klage daraus den Miterben das Mittel, die wirkliche Erfüllung der anerkannten Verbindlichkeit zu erwirken, und es kann ſich dieſer der Collationspflichtige oder deſſen Bürge nicht mehr entziehen, ſofern nicht die Caution vor Antretung der Erbſchaft geleiſtet worden und dieſe darauf nicht erfolgt iſt[204]). Außerdem können die Collationsberechtigten in dem iudicium familiae erciscundae ihre Anſprüche geltend machen[205]). Aber dieſes kann nicht in allen Fällen aushelfen; es iſt daher auch geſtattet, falls der Verpflichtete weder re noch cautione conferirt, extra ordinem richterliche Hilfe zu begehren, und es kommen dann nach Lage der Sache die früher bei der Collation der Emancipirten angegebenen verſchiedenen Maßregeln zur Anwendung[206]). Es wird dem Säumigen durch denegatio actionum ſein Erbtheil ſo lange vorenthalten, bis er ſeiner Verpflichtung nachkommt, und deſſen Beſitz entweder den collationsberechtigten Miterben eingeräumt; ſchlechthin, wenn jener contumax iſt, gegen Caution, wenn er per inopiam nicht cavirt, oder auch, im letzten Falle, kann zur Verwaltung deſſelben ein Curator ernannt werden, welcher dann aus dem Erbtheil die Anſprüche der Miterben zu befriedigen hat. Dabei iſt nur noch insbeſondere zu bemerken, daß im Falle der teſtamentariſchen Erbfolge nach Analogie der in Note 26. 27. angeführten Beſtimmungen ausſchließlich nur den collationsberechtigten Miterben, nicht auch fremden eingeſetzten Erben, der Erbtheil des nicht conferirenden Collationspflichtigen zu überlaſſen iſt.

Uebrigens geht aus dieſen Beſtimmungen hervor, daß den Berechtigten gegen den Verpflichteten, ſo lange dieſer ſich nicht durch cautio, ſei ſie auch nur promissoria, verbindlich gemacht hat, auch nachdem er die Erbſchaft ſchon angetreten hat, kein Mittel zu Gebote ſteht, ihn zur reellen Collation anzuhalten, wenn er auf ſeinen Erbtheil verzichtet. Wenn er es vortheilhafter findet, kann er immer noch dieſen aufgeben, und die Collationsgegenſtände ausſchließlich für ſich behalten. Nur kann ihn dieſes nicht befreien von den durch die Antretung der Erbſchaft einmal begründeten Anſprüchen der Erbſchaftsgläubiger; er muß dieſe pro parte hereditaria nöthigenfalls auch ex propriis befriedigen, wenn er die Erbſchaft sine beneficio inventarii erworben hat. Wenn er dagegen dieſe Rechtswohlthat ſich geſichert hat, ſo kann er jedenfalls ohne Verluſt davon kommen; denn die Gläubiger müſſen ſich dann ſchlechthin mit demjenigen begnügen, was in der Erbſchaft ſich vorfand, und darin ſind die conferenda nicht mitbegriffen[207]). Doch verändert dieſer Umſtand nicht ſein Verhältniß zu den Collationsberechtigten, und wenn er alſo dieſen ſchon die Collation wirkſam verſprochen hat, ſo kann er ſie ihnen nicht mehr vorenthalten, weil ſich hinterher ergibt, daß die Erbſchaft zur Bezahlung der Schulden nicht ausreicht, daß er alſo für das Conferirte nichts zum Erſatz in der Erbſchaft findet.

---

204) Vgl. Note 34, 35.
205) L. 1. pr. D. de dot. collat. Cf. L. 8. 16. Cod. h. t.
206) Vgl. Note 25—27, 31—33.
207) Vgl. Note 143.

Emphyteuſe [1]). Emphyteuſis iſt ein der Regel nach veräußerliches und vererbliches dingliches Recht auf vollkommene Benutzung eines in fremdem Eigenthum befindlichen Grundſtückes, mit der Verbindlichkeit zur Pflege deſſelben und zur Entrichtung einer gewiſſen Abgabe an den Eigenthümer. Die hiſtoriſche Ausbildung dieſes Inſtitutes des römiſchen Rechtes [2]) hat, ſo viel wir mit Sicherheit erkennen können, ihren Ausgang genommen von einem bei ſtädtiſchem Grundvermögen häufig vorkommenden beſonderen Rechtsverhältniß. Stadtgemeinden pflegten ihre zur Cultur geeigneten Grundſtücke wohl in ewige Pacht zu geben, dergeſtalt daß dieſelben weder dem urſprünglichen Pachter noch deſſen Nachfolgern entzogen werden ſollten, ſo lange die feſtgeſetzte Abgabe, vectigal, gehörig entrichtet würde [3]). Die auf ſolche Bedingung in Pacht gegebenen Grundſtücke wurden in der claſſiſchen Jurisprudenz vectigales agri genannt, zum Unterſchied von denjenigen, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus, d. i. non vectigales agri. Zum Schutze dieſes Verhältniſſes aber wurde eine eigene in rem actio eingeführt, wirkſam ſowohl gegen die Municipes oder die Stadtgemeinde ſelbſt, als gegen dritte Perſonen [4]), welche Klage jedoch dann auch zum Schutze einer auf beſtimmte Zeit beſchränkten ähnlichen Ueberlaſſung eines Grundſtücks geſtattet wurde [5]). Ein verwandtes Rechtsverhältniß war das der fundi emphyteutici oder emphyteuticarii, ius emphyteuticum, welches, nach dem Namen zu ſchließen, in griechiſchen Provinzen ſeinen Urſprung gehabt haben mag, und anfangs vielleicht vorzüglich in Anſehung neu zu cultivirender Grundſtücke eingegangen wurde. Es iſt zuerſt

1) Vergl. Hug. Donelli, comm. iur. civ. lib. IX. cap. 13—15. Buri, von den Bauergütern (Gießen 1783), Nr. 17, S. 151—254. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 8, S. 378—556. Thibaut, Syſtem (8. Aufl.), §. 775, Note t. u. — Quellen: Tit. Dig. si ager vectigalis, i. e. emphyteuticarius, petatur. (6. 3.) Cod. de iure emphyteutico. (4. 66.) (Dazu Leonini, praelectiones in Ottonis thes. V. p. 655—666.) Cf. tit. Cod. de fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. (11. 61.) Theod. Cod. 5. 13.

2) Vuy, de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum. Heidelb. 1838.

3) L. 1. pr. D. h. t. Agri civitatum ... vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Nach Hal. quamdiu .... tamdiu, womit übereinſtimmt Cai. III. 145. und §. 3. J. de locatione. (3. 24.) Cf. L. 1. Cod. de administrat. rerum publ. (11. 30.) Vgl. Savigny, Recht des Beſitzes (6. Ausg.), S. 120, 121. Vuy l. c. p. 58 sq.

4) L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t.

5) L. 3. D. h. t. Idem est etsi ad tempus habuerint conductum nec tempus finitum sit. Es iſt nicht wahrſcheinlich, daß hierbei an denſelben Fall gedacht iſt, der in L. 1. pr. mit den Worten bezeichnet wird: ita colendi dantur, ut privatim ... dare solemus. War erſt bei der locatio in perpetuum ein beſonderes Rechtsverhältniß der agri vectigales anerkannt worden, ſo war leicht der Schritt weiter gemacht, dieſes auch mit Beſchränkung auf eine beſtimmte Zeit (z. B. 100 Jahre nach Hygin. apud. Goes. p. 205. 206) ſtattfinden zu laſſen. Dieß war dann aber keine gewöhnliche Temporalpacht, die außerdem den Städten auch noch möglich blieb.

erwähnt in einer der Interpolation nicht verdächtigen Stelle von **Ulpian**, aber ohne nähere Andeutung ſeines Weſens[6]). Darnach wird zuerſt wieder in einer Conſtitution von Diocletian und Maximian praedium emphyteuticum genannt und zwar, wie es ſcheint, unterſchieden von vectigale, parallel mit patrimoniale praedium[7]). In den Conſtitutionen der ſpäteren Kaiſer aber erſcheint das ius emphyteuticum vorzüglich gerade in Beziehung auf kaiſerliche Patrimonialgüter als ein ſehr verbreitetes Inſtitut, und häufig findet ſich patrimonialis sive emphyteuticus fundus nebeneinander geſtellt[8]). Aber auch bei ſtädtiſchen Grundſtücken und ſolchen, die zu kirchlichen Zwecken beſtimmt waren, kommt daſſelbe unter demſelben Namen vor[9]), und iſt dann in gleicher Weiſe auch auf Privatbeſitzungen angewendet worden[10]). Eine andere Bezeichnung dafür iſt auch ius perpetuarium, welches, wenn auch früher unterſchieden, wenigſtens zuletzt als gleichbedeutend mit ius emphyteuticum gebraucht wurde[11]); daher denn auch die Inhaber emphyteutiſcher Güter

---

6) L. 3. §. 4. D. de reb. eor. (27. 9.) Si ius *ἐμφυτευτικόν* vel *ἐμβατευτικόν* habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est non posse, quamvis ius praedii potius sit. Ob hier *ἐμβατευτικόν* (nach dem Cod. Florent.) oder *ἐμβατικόν* (nach den Baſiliken) gleichbedeutend ſei mit *ἐμφυτευτικόν*? **Cujacius** nimmt es ſo an in: Not. ad Institut. III. 24. §. 3. (opp. ed. Neapol. I. p. 215). Anderwärts aber erklärt derſelbe das erſte für gleichbedeutend mit ius superficiarium. S. comm. in lib. XI. respons. Pap. ad L. 1. D. de pignor., in lib. XXI. Pauli ad Edictum ad L. 74. D. de rei vind., recitat. ad tit. D. si ager vectigalis (opp. ed. Neap. IV. p. 1282, V. p. 305, VII. p. 377). **Haloander** bezieht *ἐμβατευτικόν* auf die missio in possessionem ex primo decreto. Ganz anders beſtimmt den Unterſchied **Birnbaum**, die rechtliche Natur der Zehnten, S. 64, 65, Note 24.

7) L. 13. Cod. de praediis et al. reb. min. (5. 71.) Vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum praedium. Nach **Birnbaum**, a. a. O. Note 35, ſollen freilich die Worte patrimoniale sive emphyteuticum nur eine nähere Bezeichnung zwei verſchiedener Unterarten des vectigale praedium enthalten. Aber die Meinung dieſes Schriftſtellers, wornach der von Kirchen oder Städten zur Nutzung an Andere ausgegebene, jenen ſelbſt aber urſprünglich vom Staate eingeräumte Boden der eigentliche ager emphyteuticus im Gegenſatze der fundi patrimoniales geweſen ſein ſoll, widerlegt ſich durch die in Note 8—10 allegirten Stellen.

8) L. 15. 17. 19. 20. 21. 33. 39. Theod. Cod. l. c. L. 1. 5. 7. 12. Iust. Cod. de fundis patrimon. L. 4. Theod. Cod. de collat. fund. patrimon. (11. 19.)

9) L. 2. Cod. ne rei domin. (7. 38.) Emphyteuticariis dominici iuris, reipublicae, vel iuris sacrorum templorum. Cf. L. 7. Cod. de fund. patrimon. L. 33. 35. Theod. Cod. eodem. L. 5. Theod. Cod. de locatione fundorum iuris emphyteutici et reipublicae et templorum. (10. 3.) L. 2. 3. Isut. Cod. de locat. praediorum civil. (11. 70.) Tit. Cod. de iure reipublicae. (11. 29.) etc.

10) Dieß geht hervor aus L. 1. Cod. de iure emphyteut. und §. 3. J. de locat. Vgl. **Savigny** a. a. O. S. 122.

11) L. 1. Cod. de off. comm. sacri palat. (1. 34.) Totius iuris perpetuarii, hoc est emphyteuticarii, exactio. Der Zuſatz h. e. emphyteut. findet ſich in L. 1. Theod. Cod. eodem (1. 11.) noch nicht.

perpetuarii possessores hießen[12]. Wenn gleich nun dieſes emphyteutiſche Recht urſprünglich von dem Rechte an dem ager vectigalis municipum unterſchieden worden ſein mag, ſo iſt es doch in ſeiner weiteren Ausbildung und feſteren Geſtaltung, die nur allmälig durch die Praxis und kaiſerliche Conſtitutionen ſich vollendete, und auf welche beſonders eine Conſtitution von Zeno und zwei Conſtitutionen von Juſtinian bedeutend einwirkten[13], mit jenem gänzlich verſchmolzen worden; und dieſe Gleichſtellung gibt ſich im Juſtinianiſchen Rechte unzweideutig dadurch zu erkennen, daß zweimal ager vectigalis durch den Zuſatz, id est emphyteuticus oder emphyteuticarius erklärt wird[14]. Demnach iſt dann, was im Juſtinianiſchen Rechte über das Recht an Vectigalgrundſtücken geſagt wird, auch auf das emphyteutiſche Recht zu beziehen und umgekehrt.

Dieſes Recht nun, ſo umfaſſende Befugniſſe daſſelbe gewährt, iſt doch nur als ein das Eigenthum beſchränkendes Recht, ius in re aliena, anzuſehen. Es wird bezeichnet als ius praedii[15], ius in fundo vectigali, ausdrücklich im Gegenſatze des Eigenthums[16]. Der Erwerber deſſelben (emphyteuta, emphyteuticarius), heißt es, werde nicht Eigenthümer des Grundſtückes[17]; vielmehr wird ihm der rei dominus entgegengeſetzt[18]; und ſo wird auch dominium vel emphyteusis vel conductio unterſchieden[19]. Zwar ſcheint in mehreren Stellen des Juſtinianiſchen wie des Theodoſiſchen Codex das Verhältniß emphyteutiſcher Inhaber von kaiſerlichen Patrimonialgrundſtücken geradezu als dominium bezeichnet zu werden[20]; und dieſes hat Veranlaſſung zu der Meinung gegeben oder dieſelbe unterſtützen ſollen, daß dem Emphyteuta wahres, nur unter gewiſſen Bedingungen widerrufliches, Eigenthum, gleich dem Eigenthum an Provinzialgrundſtücken nach vorjuſtinianiſchem Rechte, beizulegen ſei[21]. Allein wenn auch jenes der Fall wäre, ſo konnte dieß

---

12) L. 33. Th. Cod. h. t. Ius emphyteuticum, quo iuris patrimonialis vel rei publicae praedia possessoribus sunt adiudicata perpetuariis. Cf. L. 14. §. 1. Th. Cod. de tiron. (7. 13.)

13) L. 1. 2. 3. Cod. de iure emphyteut.

14) Einmal in der rubr. tit. D. cit. (Note 1); dann mittelſt einer unzweifelhaften Interpolation in L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. (2. 8.). Qui vectigalem, i. e. emphyteuticum agrum possidet. In den neueren Conſtitutionen nach Diocletian (Note 7) kommt der Ausdruck vectigale praedium, ager vectigalis nicht mehr vor.

15) Vgl. Note 5.

16) L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus... quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. Sed etsi... alii fundum legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus.

17) L. 1. §. 1. D. h. t. Quamvis non efficiantur domini. Vgl. L. 71. §. 5. cit. L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.) Item praedia quae nostri patrimonii sunt (cf. L. 8. §. 1. ibid.); sed et vectigalia vel superficiaria.

18) §. 3. J. cit. L. 1—3. Cod. h. t.

19) L. 8. Cod. de fund. patrimon.

20) L. 18. Th. Cod. 5. 13. L. 4. Th. Cod. 5. 14. L. 2. Iust. Cod. de fund. rei priv. (11. 65.) L. 4. 12. Cod. de fund. patrimon.

21) Savigny, Recht des Beſitzes (2. Ausg.), S. 99 flg.

doch für die Beſtimmung der im Juſtinianiſchen Rechte geltenden Anſicht nicht in Betracht kommen, weil alle jene Conſtitutionen älter ſind, als die erwähnte von Kaiſer Zeno, und ſich daher der Ausdruck derſelben wohl erklären ließe mit Rückſicht auf die erſt durch dieſe Conſtitution beſeitigte Streitfrage, ob die Einräumung der Emphyteuſe als alienatio des Grundſtückes oder nur als locatio conductio anzuſehen ſei, nun aber die in den neueren Conſtitutionen ausgeſprochene Anſicht über das Weſen des Rechtsverhältniſſes entſcheiden müßte [22]. Indeſſen ſind die angezogenen Stellen des Juſtinianiſchen Codex auch befriedigend dadurch erklärt worden, daß den emphyteutiſchen Beſitzern von Patrimonialgütern oft wahres Eigenthum, obwohl unter Vorbehalt einer Abgabe an den kaiſerlichen Schatz, ertheilt oder von ihnen hinzuerworben wurde [23]. Daß auch die Idee eines ſogenannten dominium utile, welches man ſeit den Gloſſatoren unter anderen auch dem Emphyteuta beizulegen pflegte, ſo wenig in den Quellen begründet, als an ſich beifallswürdig ſei, bedarf keines Beweiſes mehr [24]. In der That iſt die Emphyteuſis ein ius in re aliena, welches, da es wie die Servituten und die Superficies dem Eigenthümer in Anſehung der Nutzung der Sache eine Beſchränkung auflegt, mit dieſen Rechten unter den allgemeinen Begriff dinglicher Nutzungsrechte (im Gegenſatze des Pfandrechtes) geſtellt werden kann [25], welches auch, wie in einer Stelle die Superficies wirklich genannt iſt [26], füglich servitus hätte genannt werden können und vielleicht genannt worden wäre, wenn nicht dieſer Ausdruck bereits als regelmäßige ausſchließliche Bezeichnung für eine im alten Civilrecht ſchon ausgebildete Claſſe von Rechten hergebracht geweſen wäre, von denen ſich die Emphyteuſis, wie die Superficies, hiſtoriſch durch die ſpätere, vielleicht urſprünglich prätoriſche [27],

---

22) Vgl. unten Note 102–104.

23) L. 4. 12. Cod. cit. Daher licentia eis concedenda etiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum sint domini, praestare. Dagegen L. 2. Cod. de mancip. et colon. (11. 62.) Libertates, quas mancipiis ex fundis patrimonialibus et emphyteuticis, qui fundorum non sunt domini, praestiterint.... rescindant. Vgl. Thibaut, civ. Abhandl. Nr. 11, S. 269—281, welchem dann auch Savigny beiſtimmte (6. Ausg., S. 124, Note 3). S. auch Donell. l. c. cap. 14. §. 26. 27. Buri, S. 166—168.

24) Thibaut, Verſuche, Bd. 2, Nr. 3, vergl. deſſen Abh. a. a. O. — Doch hat Glück, S. 386 flg., noch das dominum utile des Emphyteuta in Schutz genommen. Vgl. auch Du Roi im Arch. für civ. Praxis, Bd. 6, S. 386 flg.

25) Puchta, Lehrb. §. 118. Blume, Grundriß des Pandektenrechtes, §. 167.

26) L. 86. §. 4. D. de legat. I.

27) Puchta, Lehrb. §. 170. Arg. L. 66. pr. D. de eviction. (21. 2.) Actione, quae de fundo vectigali proposita est. Vgl. Cai. IV. 46. 47. Dieſer Ausdruck beweiſt wenigſtens, daß die vectigalis actio im Edicte ausdrücklich genannt war, und da ſie nun gewiß nicht durch ein Geſetz eingeführt iſt (L. 1. §. 1. D. h. t.), ſo müßte man, um den prätoriſchen Urſprung leugnen zu können, annehmen, ſie ſei zuvor durch das ius civile im engſten Sinne vollkommen ausgebildet und dann erſt in das Edict aufgenommen, was höchſt unwahrſcheinlich iſt. S. auch unten Note 124. Vgl. aber Büchel, über Verpfändung der iura in re aliena, S. 50, Note 2.

Entſtehung, materiell durch ihren umfaſſenden Inhalt und dadurch unterſcheidet, daß ſie ſelbſtſtändig vererblich und veräußerlich iſt, während die Servituten an eine beſtimmte Perſon des Berechtigten oder an ein beſtimmtes Grundſtück als gewiſſermaßen berechtigtes Subject weſentlich gebunden ſind. Denn übrigens, wenn man nur auf den materiellen Inhalt der dem Berechtigten zuſtehenden Befugniſſe ſieht, iſt das Recht des Emphyteuta dem Uſusfructus weit näher verwandt, als dieſer den Prädialſervituten. In der neueſten Zeit zwar iſt noch wieder ein Verſuch gemacht worden, den charakteriſtiſchen Unterſchied der Emphyteuſe von den Servituten überhaupt und dem Uſusfructus insbeſondere dahin zu beſtimmen, daß jene das Recht ſei, fremdes Eigenthum am Grund und Boden unabhängig vom Eigenthümer und, ſo weit dieß mit fremdem Eigenthum beſtehen könne, vollſtändig auszuüben, die Servitut aber als ein aus dem Eigenthum ausgeſchiedener, einem Anderen als ſelbſtſtändiges eigenes Recht eingeräumter Beſtandtheil des Eigenthums ſich darſtelle. Aber wir nehmen nicht Anſtand, dieſen Verſuch für gänzlich mißlungen zu erklären [28]).

Was den Gegenſtand der Emphyteuſe betrifft, ſo ſtreitet man darüber, ob dieſer ein fruchttragendes, für den Land- oder Gartenbau beſtimmtes, Grundſtück ſein müſſe, oder auch ein Gebäude (praedium urbanum) als ſolches ſein könne, obwohl Jeder zugibt, daß ſowohl die Etymologie des Wortes Emphyteuſis als der Ausdruck ager vectigalis auf wirthſchaftliche Grundſtücke als urſprünglichen Gegenſtand dieſes Rechts-

---

28) Büchel a. a. O. S. 22—55. Der Verfaſſer ſagt S. 44, der Emphyteuta unterſcheide ſich von dem Servitutberechtigten, namentlich dem Uſufructuar insbeſondere dadurch, daß letzterer nicht ein fremdes, ſondern vielmehr ſein eigenes Recht zur Ausübung bringt, obgleich das Recht eine fremde Sache vorausſetzt, während der Emphyteuta nirgends ein eigenes, ſondern immer nur ein fremdes Recht ausübt. Ein ſonderbares Recht wahrlich, wenn der, dem es zuſteht, nirgends daſſelbe ausüben kann, ſtatt deſſen aber ein fremdes Recht ausübt! Der Verf. verwahrt ſich auch noch, daß man ja nicht die Ausübung des fremden Eigenthums als das Object jenes Rechtes anſehe: denn die Ausübung iſt nur die formale Seite des Eigenthums; ... vielmehr iſt der unmittelbare Gegenſtand des Rechtes immer das fremde Eigenthum (S. 45), nach S. 51 aber das fremde Grundſtück, weßhalb auch da, wo die Rechtsobjecte aufgeführt werden, die Emphyteuſe nicht unter die iura im Sinne der Servituten geſtellt werden kann, ſondern es muß der ager ſelbſt genannt werden. Gerade umgekehrt ſagt Ulpian, unter praedium emphyteuticum ſei potius ius praedii zu verſtehen (Note 5), und durch das Vermächtniß des fundus vectigalis ſei eigentlich nur id ius, quod in praediis vectigalibus habemus, vermacht (Note 16). Auf der anderen Seite wird auch, wie das Grundſtück, an dem man das emphyteutiſche Recht hat, mit Beziehung darauf fundus vectigalis oder emphyteuticus heißt, eben ſo dasjenige, an dem man den Uſusfructus hat, fructuarius fundus genannt, L. 1. D. si ususfr. pet. (7. 6.); desgleichen der Servus als Gegenſtand des Uſusfructus oder Uſus servus fructuarius oder usuarius. L. 2. D. de peculio. (15. 1.) L. 55. D. de pactis. (2. 14.) L. 45. §. 3. D. de acquir. hered. (29. 2.) u. a. Brisson. v. fructuarius. — Auch was Kierulf, Theorie des Civilrechtes, Bd. 1, S. 360, über den charakteriſtiſchen Unterſchied der Servituten von der Superficies und Emphyteuſis vorläufig andeutet, läßt wenig Befriedigung von der verſprochenen tief eingehenden Erörterung dieſer Rechte erwarten.

verhältniſſes hinweiſe. Die Anhänger der erſten Meinung verkennen nicht, daß das emphyteutiſche Recht ſich auch auf Gebäude erſtrecken könne, ſofern dieſelben zu fruchttragenden Grundſtücken gehören, wie z. B. die Gebäude eines Landgutes [29]). Daher ſteht ihnen nicht durchaus entgegen L. 15. §. 26. 27. D. de damno infecto, wenn man auch die Florentiniſche Leſeart: de vectigalibus aedibus unangefochten läßt. Schwieriger iſt es, jene Meinung zu behaupten gegen Nov. 7. cap. 3. und Nov. 120. cap. 1. §. 2, wo offenbar auch praedia urbana oder Häuſer, und zwar als Hauptſache und ohne Rückſicht auf etwa damit in Verbindung ſtehende fruchttragende Grundſtücke als mögliche Gegenſtände der Emphyteuſe genannt werden [30]); denn es iſt gewiß eine unzuläſſige Ausrede, daß man ſich auf den Sprachgebrauch der Novellen nicht verlaſſen könne und hier nur uneigentlich Emphyteuſe genannt worden ſei, was Superficies genannt werden ſollte [31]). Auch wird man zugeben, daß der Emphyteuta ein emphyteutiſches Grundſtück, z. B. einen Garten= oder Wieſenplatz, nach Umſtänden wohl zum Bauen verwenden kann, ohne daß dadurch in ſeinem Rechtsverhältniſſe eine Aenderung bewirkt würde [32]). Wenn nun auf ſolche Weiſe ein Gebäude einziger Gegenſtand der Emphyteuſe werden kann, ſo iſt nicht abzuſehen, warum nicht auch ein ſchon beſtehendes Gebäude zu gleichem Rechte ſollte hingegeben werden können. Man hat freilich eingewendet, nach dieſer Anſicht ſei kein charakteriſtiſcher Unterſchied der Emphyteuſe von der Superficies mehr vorhanden. Aber es gelten doch bei der Emphyteuſe manche eigenthümliche Beſtimmungen, die bei der Superficies nicht eben ſo vorkommen. Nur dieſes aber iſt das praktiſche Intereſſe unſerer Frage, ob auch an praediis urbanis ein Recht mit allen Eigenthümlichkeiten der Emphyteuſe eingeräumt werden könne. Gibt man dieſes zu, behauptet aber, daß dann das Recht immer Superficies ſei und heißen müſſe [33]), ſo löſet ſich die Controverſe in unnützem Namenſtreit auf.

Es ſollen nun zunächſt die Rechte und Verbindlichkeiten des Emphyteuta beſtimmt, dann die Entſtehungs= und Endigungsgründe dieſes Rechtsverhältniſſes angegeben werden.

Der Emphyteuta hat das Recht zu vollſtändigſter Benutzung des emphyteutiſchen Grundſtückes. Er kann daraus allen Vortheil ziehen,

---

29) Donell. l. c. cap. 13. §. 11. Puchta, Lehrb. §. 170, 171, Note r. Göſchen, Vorleſ. Bd. 2, S. 293.

30) Buchholtz, juriſt. Abh. S. 306—309. Vgl. auch L. 1. Cod. de indiction. (10. 17.) oder L. 2. Th. Cod. eod. (11. 5.) Domus vel sacri patrimonii vel emphyteutici iuris vel hominum privatorum.

31) So Göſchen a. a. O. S. 294.

32) Unterholzner, Schuldverhältniſſe, Bd. 2, S. 362.

33) Ob dieß die Meinung war, wenn man von der Möglichkeit einer Begründung der Superficies durch den Zeno'ſchen contractus emphyteuticarius geſprochen hat? Büchel a. a. O. S. 61—63. Aber warum ſoll nicht auch die Wirkung, die man dem emphyteutiſchen Contract beilegt, hier erzielt werden können, daß der Berechtigte Beſitzer von Grund und Boden und als ſolcher auch vom Gebäude werde? (S. 58, vgl. mit S. 63.) Freilich könnte das Recht dann nicht mehr paſſend ius superficiarium heißen.

welchen dieſelbe nur immer dem Eigenthümer ſelbſt mittelbar oder unmittelbar gewähren könnte. Die natürlichen Früchte insbeſondere erwirbt er zu Eigenthum ſofort durch die Trennung derſelben von der Hauptſache [34]). Ob er auch Anſpruch auf den in dem Grundſtücke gefundenen Schatz habe, ſofern er nicht ſelbſt Finder iſt, darüber hat man lange geſtritten. Wird aber anerkannt, daß der Emphyteuta kein Eigenthum am Grundſtücke habe, ſo fehlt es gänzlich an einem nur ſcheinbaren Grunde für die bejahende Behauptung, da das Geſetz beſtimmt und deutlich nur dem Eigenthümer des Bodens den Anſpruch auf einen Theil des von einem Anderen in demſelben gefundenen Schatzes ertheilt [35]). In Betreff der Art und Weiſe der Benutzung hat der Emphyteuta freie Diſpoſition, auch wenn ſie durch eine Veränderung in der Subſtanz der Sache bedingt iſt. Er iſt darin weniger beſchränkt wie der Uſufructuar. Er darf z. B. unbedenklich eine andere Culturart bei Ländereien einführen; er darf den Grund und Boden zu Gebäudeanlagen benutzen und umgekehrt. Die einzige Schranke für die Dispoſitionen, welche die Subſtanz der Sache berühren, iſt ihm durch die Rückſicht gezogen, daß er den Gegenſtand der Emphyteuſe nicht überhaupt verſchlechtern und den objectiven Werth deſſelben nicht verringern darf [36]).

Auch über das Recht ſelbſt kann der Emphyteuta verfügen. Er kann daſſelbe, wie der Eigenthümer das Eigenthum, auf einen Anderen übertragen, ſei es durch ein Veräußerungsgeſchäft unter Lebenden [37]), ſei es durch Vermächtniß [38]). Von ſelbſt geht es auf die Erben deſſelben über, als ein zu deſſen universum ius gehöriges Vermögensobject [39]), weßhalb es auch in dem iudicium familiae erciscundae mitbegriffen wird [40]). Bei Emphyteuſen von Kirchen und milden Stiftungen hatte zwar Juſtinian verordnet, daß nur Vererbung auf Deſcendenten des erſten und zweiten Grades und nach ausdrücklicher Verabredung auch der Uebergang auf den Ehegatten ſtattfinden ſolle, wornach denn auch die Veräußerung an andere Perſonen, wenigſtens über die Lebenszeit der urſprünglich Berechtigten hinaus, nicht zuläſſig ſein konnte [41]); er hat aber dieſe Beſchränkung ſelbſt wieder aufgehoben [42]). Kann der Emphyteuta

34) L. 25. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)

35) §. 39. J. de div. rer. (2. 1.) L. un. Cod. de thesaur. (10. 15.) Cf. L. 7. §. 12. D. soluto matr. (24. 3.)

36) Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 6.

37) §. 3. J. de locat. Cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit. So paraphraſiren die Inſtitutionen das neque his qui in locum eorum successerunt der L. 1. pr. D. h. t. — L. 1. Cod. de fund. patrimon.

38) L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. (not. 16.) Cf. L. 39. §. 5. D. ibidem.

39) L. 1. pr. D. h. t. §. 3. J. cit.

40) L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.)

41) Nov. 7. cap. 3.

42) Nov. 120. cap. 6. §. 1, ausgenommen für die von der Hauptkirche zu Conſtantinopel dependirenden Emphyteuſen Nov. cit. cap. 1. 5. — Für alle kirchliche Emphyteuſen wird die Fortdauer der Beſchränkung noch behauptet von Unterholzner a. a. O. S. 362, Note e, S. 366. Aber er beachtet nicht

ſein Recht veräußern, ſo iſt ihm auch Verpfändung deſſelben möglich, die nur eine eventuelle Veräußerung iſt [43]). Conſequent iſt es ferner, daß er das Recht, das er ganz veräußern darf, auch durch Einräumung anderer dinglicher Rechte blos beſchränken könne. Er kann Servituten an der Sache beſtellen. Dieſe werden freilich als non iure constitutae bezeichnet, die nur tuitione praetoria beſtehen; denn eine vollkommene civilrechtliche Servitut kann nur der wahre Eigenthümer, nach älterem römiſchen Rechte nur der quiritiſche Eigenthümer, beſtellen; aber ſie können doch als dingliche Rechte durch utilis confessoria actio geltend gemacht werden [44]). Nach der Natur der Sache können indeſſen ſolche vom Emphyteuta eingeräumte dingliche Rechte an der Sache nur als Beſchränkungen ſeines eigenen dinglichen Rechtes, daher nur ſo weit als dieſes ſich erſtreckt, beſtehen. Durch Erlöſchung der Emphyteuſe müſſen ſie ebenfalls erlöſchen, wie in Beziehung auf das Pfandrecht ausdrücklich bemerkt wird [45]). Nur für den Fall, daß der Eigenthümer als Succeſſor des Emphyteuta das emphyteutiſche Recht wieder an ſich zieht und ſo dann durch Conſolidation die Emphyteuſe ſich endigt, muß ein Anderes behauptet werden. Als Succeſſor konnte jener das emphyteutiſche Recht nur mit den darauf haftenden Beſchränkungen erwerben, nach dem bekannten Grundſatze: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet. Es müſſen alſo hier die vom Emphyteuta giltig eingeräumten Rechte einſtweilen noch beſtehen bleiben, ſo lange nicht ein anderer Grund eintritt, durch welchen auch ohne jene Succeſſion des Eigenthümers in das Recht des Emphyteuta die Emphyteuſe geendigt ſein würde, und es wird ſo lange namentlich das Pfandrecht noch in der Art ausgeübt werden können, daß die Emphyteuſe, ſowie ſie dem Verpfänder zuſtand, als wiederum zu conſtituirendes Recht zum Verkaufe gebracht wird.

Weil übrigens das Recht ſelbſt veräußerlich iſt, ſo kann auch ohne oder gegen den Willen des Berechtigten eine Uebertragung deſſelben auf einen Anderen ſtatthaben in denjenigen Fällen, in welchen dieſe bei anderen veräußerlichen Vermögensobjecten eintritt. So z. B. kann die Em-

---

das Gewicht der Worte in cap. 6. §. 1. cit.: Licentiam damus .. non solum ad tempus emphyteusin facere ... sed et perpetuo etc., vergl. mit cap. 1. pr. ibid. und Nov. 7. l. c.

43) L. 16. §. 2. D. de pignerat. act. (13. 7.) Etiam vectigale praedium pignori dari potest. Cf. L. 13. §. 3. D. de pignor. (20. 1.) Sehr unnützer Streit iſt darüber geführt worden, ob hier das ius emphyteuticum oder der fundus emphyteuticus Gegenſtand der Verpfändung ſei. Kann doch, wer das Letzte vertheidigt, ſelbſt nicht umhin einzuräumen, durch die Verpfändung des fundus als fundus vectigalis ſei hinreichend ausgeſprochen, daß nur id ius quod in vectigalibus fundis habemus verpfändet ſei (Büchel a. a. O. S. 124), ſo wie fructuarius servus pignori datus nichts anders bezeichnen würde als ususfructus, quem in servo habemus, pignori datus.

44) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.) Cf. L. 1. §. 9. D. de superficieb. (43. 18.)

45) L. 31. D. de pignor. (20. 1.) Hier entſcheidet derſelbe Geſichtspunkt, der in L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6.) Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

phyteuſe auch als Executionsobject in Anſpruch genommen und im Concurſe der Gläubiger zum Verkauf gebracht werden, wie auch geſetzliche Pfandrechte ſich auf ſie erſtrecken. So auch kann dem Emphyteuta wegen nicht geleiſteter cautio de damno infecto durch secundum decretum ſein Recht entzogen und dem bedrohten Nachbar zugewendet werden [46]). Eben ſo kann auch in Folge des iudicium familiae erciscundae oder communi dividundo, wenn Mehreren gemeinſchaftlich die Emphyteuſe zuſteht, eine unfreiwillige Entäußerung für den Einen oder Anderen eintreten; und zwar wird hier aus Rückſicht auf die dem Rechte entſprechenden Verbindlichkeiten eine reelle Theilung des emphyteutiſchen Grundſtückes (regionibus divisis) ohne Zuſtimmung des Eigenthümers für unſtatthaft erklärt; es kann nur das Ganze ungetheilt Einem adjudicirt werden, wenn nicht die Veräußerung an einen dritten Meiſtbietenden vorgezogen wird [47]).

Zum Schutz ſeines Rechtes an der Sache hat der Emphyteuta eine in rem actio [48]), analog der rei vindicatio, utilis rei petitio, auch vectigalis actio genannt [49]); nicht nur gegen dritte Beſitzer der Sache, ſondern auch gegen den Eigenthümer ſelbſt, gegen welchen freilich auch perſönliche Klagen aus dem Entſtehungsgrunde der Emphyteuſe ſtattfinden können [50]). So wie ihm aber wegen Verletzungen, die dem Eigenthümer zur Anſtellung der rei vindicatio Anlaß geben, eine utilis rei petitio zuſteht, ſo muß ihm auch gegen partiale Verletzungen utilis negatoria actio zugeſtanden werden, und nicht minder zur Geltendmachung der dem emphyteutiſchen Grundſtücke zuſtehenden Servituten, die utiliter auch der Emphyteuta erwerben kann, utilis confessoria actio oder servitutis petitio [51]), und auch dieſe Klagen nicht blos gegen Dritte, an der Stelle des Eigenthümers, ſondern auch gegen dieſen ſelbſt; denn die Servitut iſt nur eine rechtliche Qualität des Grundſtückes, eine künſtliche Erweiterung des Eigenthumsrechtes an demſelben, deſſen ungehinderte vollſtändige Benutzung dem Emphyteuta durch dingliche Klage ſelbſtſtändig geſchützt ſein ſoll [52]). Iſt auch der Eigenthümer des emphyteutiſchen Grund-

---

46) L. 15. §. 26. D. de damno infecto. (39. 2.) Der Bedrohte braucht ſich übrigens dabei nicht zu beruhigen, ſondern kann auch den Eigenthümer zur cautio damni infecti auffordern, und wenn dieſer dem Verlangen nicht entſpricht, gegen ihn ſelbſt das Eigenthum der Sache erlangen. L. 15. §. 27. l. c.

47) L. 7. pr. D. communi div. (10. 3.) Cf. L. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.) — L. 4. §. 9. D. fin. reg. (10. 1.) Unrichtig iſt es, wie Thibaut, Syſtem §. 777 a. E., zu ſagen, die actio communi dividundo könne unter Mehreren, denen ungetheilt eine Emphyteuſe zugefallen, nicht angeſtellt werden. L. 7. pr. ſpricht gerade das Gegentheil aus; nur eine reelle Theilung ſoll nicht dadurch erzielt werden.

48) L. 1. §. 1. D. h. t.

49) L. 15. §. 26. cit. Cf. L. 66. pr. D. de eviction. (21. 2.)

50) L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. Vgl. unten Note 102 flg.

51) L. 16. D. de servitut. (8. 1.)

52) L. 86. D. de V. S. L. 5. §. 9. D. de op. novi nunc. (39. 1.) — L. 16. cit. ſagt: petitionem servitutis dari sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur. Die letzte aber findet ſowohl gegen den Eigenthümer des emphyteutiſchen Grundſtückes, wie gegen jeden Dritten, ſtatt.

ſtückes zugleich Eigenthümer desjenigen geworden, gegen welches jenem eine Servitut zuſteht, oder umgekehrt, ſo kann man doch nicht ſagen, daß dieſe, ſo weit ſie dem Emphyteuta zu ſtatten kommt, durch confusio erloſchen ſei; ſie beſteht nun als Erweiterung des emphyteutiſchen Rechtes noch fort, obwohl ſie in Beziehung auf den Eigenthümer als ius in re aliena nicht mehr exiſtirt, wie ja unzweifelhaft der Eigenthümer auch dem Emphyteuta eine Servitut an einem anderen Grundſtücke erſt einräumen kann. Auch die publiciana actio findet analoge Anwendung auf die Emphyteuſe, in ähnlicher Weiſe wie auf den Uſusfructus, falls nämlich Jemand bona fide in den Beſitz des emphyteutiſchen Rechtes gekommen iſt durch Einräumung von Seiten eines Solchen, deſſen Befugniß dazu nachzuweiſen er nicht im Stande iſt [53]).

Inſofern der Emphyteuta ſchon in Beſitz gekommen, genießt er ferner auch des Schutzes durch die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel, interdicta retinendae und recuperandae possessionis. Obwohl dieſes nicht ausdrücklich in den Quellen ausgeſprochen iſt, kann es doch mit Sicherheit behauptet werden. In der factiſchen Ausübung des emphyteutiſchen Rechtes iſt nämlich jedenfalls eine iuris quasi possessio enthalten, und es wäre abſurd, dem Beſitze dieſes ſo umfaſſenden Rechtes nicht wenigſtens in demſelben Maße Schutz angedeihen zu laſſen, wie er der usus fructus quasi possessio gewährt iſt [54]).

Nach der herrſchenden Meinung wird aber dem Emphyteuta nicht blos iuris quasi possessio, ſondern juriſtiſcher Beſitz der Sache ſelbſt, die den Gegenſtand der Emphyteuſe bildet, d. i. corporis possessio, beigelegt [55]). Dann verſteht ſich nicht nur von ſelbſt, daß er die poſſeſſoriſchen Interdicte habe, ſondern er hat ſie dann, wie der Pfandgläubiger, allein, mit Ausſchließung des Eigenthümers. Man muß dann aber auch in Anſehung der Uſucapion daſſelbe gelten laſſen, was beim Fauſtpfand anerkannt iſt, nämlich: ad usucapionem eum, qui in emphyteusin dedit, possidere, ad reliquas omnes causas emphyteutam [56]); da=

---

53) L. 12. §. 2. D. de Publ. act. (6. 2.) Cf. L. 11. §. 1. ibid.

54) L. 3. §. 13—17. L. 9. §. 1. D. de vi. (43. 16.) L. 4. D. uti possid. (43. 17.)

55) Savigny, Recht des Beſitzes (6. Ausg.), S. 124, 222, 319, 320, 336, 608. Man hat ſogar Savigny angefochten, weil er hier keinen wahren animus domini und nur einen abgeleiteten Beſitz anerkennen will. Schröter, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 237 flg. Vgl. dagegen Savigny, S. 145 flg. Ja man hat ſich nicht geſcheut zu behaupten, von einer iuris quasi possessio des Emphyteuta könne ſchon nach der Natur ſeines Rechtes gar nicht die Rede ſein (Büchel a. a. O. S. 46); während doch nur darüber die Frage ſein kann, ob nicht der Emphyteuta ſogar corporis possessio habe. Savigny, S. 608. Vgl. auch Kierulf, Theorie des Civilrechtes, Bd. 1, S. 363, Anm. — Dagegen räumt Thibaut dem Emphyteuta nicht corporis possessio ein; Syſtem §. 208. Vgl. auch Du Roi, im Archiv, Bd. 6, S. 395. Bartels, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 6, S. 201.

56) L. 16. D. de usucap. (41. 3.) L. 1. §. 15. D. de poss. (41. 2.) Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2, S. 249. Vangerow, Pand. Bd. 1, S. 280.

mit nicht, zum Schaden auch des Emphyteuta, die angefangene Uſucapion durch die Uebergabe an dieſen unterbrochen werde. Indeſſen ſind die Gründe, welche man für die ausſchließende corporis possessio des Erbpachters anführt, nicht überzeugend. Am wenigſten kann man ſich auf L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. berufen. Die possessores rerum immobilium, welche von der Satisdatio befreit ſein ſollen, ſind gar nicht die juriſtiſchen Beſitzer von Grundſtücken als ſolche, ſondern die Eigenthümer[57]). Wie nun in L. 15. §. 1. cit. unter demjenigen, qui rem soli possidet, der wirkliche Eigenthümer des Grundſtückes verſtanden wird, ſo iſt unter dem, qui fundum vectigalem i. e. emphyteuticum possidet, nur ein wirklicher Emphyteuta zu verſtehen, d. i. derjenige, welcher ein Grundſtück als emphyteutiſches oder, was daſſelbe iſt, das emphyteutiſche Recht an einem Grundſtücke, eine Beſitzung zu emphyteutiſchem Rechte, wirklich ein Vermögen hat; und wenn von dieſem geſagt wird: possessor intelligitur, ſo heißt dieß nichts anderes als: er wird rückſichtlich der Satisdatio dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache gleichgeachtet, weil die Natur dieſes Rechtsverhältniſſes in der That faſt eben ſo gute dauernde Sicherheit darbietet, wie das Eigenthum[58]). Auf den wirklichen Beſitz kommt es dabei gar nicht einmal an, wenn das Recht gewiß iſt; und der in dotem gegebene fundus dotalis wird ſogar zugleich für den Mann und die Frau als possessio in dieſem Sinne gelten[59]). Auch L. 25. §. 1. D. de usuris iſt nicht beweiſend. Sollte es ſich auch ſtrenge erweiſen laſſen, daß der bonae fidei possessor nur deßhalb, weil er ſich im juriſtiſchen Beſitz der Hauptſache befindet, an den ſeparirten Früchten ſofort ebenfalls bonae fidei possessio, kein Eigenthum, erwerbe[60]), ſo müſſen wir es doch entſchieden für ungegründet halten, daß der Fruchterwerb des Emphyteuta nur aus dem Geſichtspunkte einer Tradition von Seiten des Eigenthümers abzuleiten ſei, und können daher auch den Rückſchluß von dieſem Eigenthumserwerb auf den juriſtiſchen Beſitz der Sache nicht gelten laſſen. L. 25. §. 1. cit. ſagt unbedingt: eius qui vectigalem fundum **habet** (d. h. wer das Recht der Emphyteuſe hat) fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. Es iſt willkürlich, dabei vorauszuſetzen, daß er ſich im Beſitze befinde. Auch wenn z. B. ein Anderer mala fide im Beſitze iſt, erwirbt der Emphyteuta das Eigenthum der Früchte ſofort durch deren Trennung, und

---

57) Savigny a. a. O. S. 106, 107.

58) Dieß Letzte erkennt auch Kierulf, a. a. O. S. 361, ausdrücklich an; aber er hält das vorhergehende **agrum possidet** für entſcheidend; dieß aber unterſtützt die gewöhnliche Meinung eben ſo wenig, wie jenes.

59) L. 15. §. 3. D. qui satisd. cog. Cf. §. 4. ibid. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem **personalem** habet. Savigny, S. 192, Note 3.

60) Savigny a. a. O. §. 22a, beſonders S. 316, Note 1. Einſtweilen müſſen wir uns noch zu der Anſicht bekennen, nach welcher der bonae fidei possessor an den ſeparirten Früchten ſofort wahres Eigenthum erwirbt, und zwar auch dann, wenn ein anderer Unberechtigter, z. B. ein Dieb, die Separation vorgenommen hat, in welchem Falle doch jener an den Früchten als ſelbſtſtändigen Sachen in keinem Moment Beſitz gehabt hat.

kann ſie für ſich allein als ſelbſtſtändige Sachen vindiciren[61]). Eben ſo, wenn etwa, während ſich der Emphyteuta im Beſitz befindet, ein Dritter unberechtigt die Früchte ſeparirt und ſofort in Beſitz genommen hat[62]). Legt man die Idee einer Tradition zum Grunde, ſo müßte man in dieſen Fällen den Eigenthumserwerb des Emphyteuta leugnen, weil er in keinem Momente die Früchte als ſelbſtſtändige Sachen beſeſſen hat, alſo eine Tradition nicht vollendet ſein kann. Dieſe Idee iſt aber auch deßhalb hier nicht anwendbar, weil die Tradition vorausſetzt, daß man volente domino den Beſitz erwerbe, und zwar ſo, daß dieſer Wille, den Beſitz zu übertragen, auch noch im Zeitpunkte der Beſitzerwerbung vorhanden ſein muß, wenn gleich er ſchon früher erklärt ſein mag[63]). Der Emphyteuta aber, ſo wie er die Sache ſelbſt gegen den Widerſpruch des Eigenthümers in rem actione behaupten kann, ſo muß er auch das Eigenthum der ſeparirten Früchte trotz demſelben geltend machen können; ja man muß ihm, wenn auch der Eigenthümer ſelbſt die Separation vorgenommen und den Beſitz der Früchte ſich angemaßt hat, die Vindication derſelben zugeſtehen. Er hat ein dingliches vom Eigenthümer unabhängiges Recht, welches den Fruchterwerb des letzten ausſchließt; er hat als Emphyteuta, nicht als Beſitzer, das Recht quasi dominus rei die Früchte zu erwerben; in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est; und daher erwirbt er das Eigenthum derſelben, wie ſonſt der Eigenthümer, auch wenn er nicht im Beſitze iſt. Weit ſchwächer noch als das Argument aus L. 25. cit. iſt ein anderes, welches man aus dem Umſtande, daß dem Emphyteuta utilis confessoria actio in Betreff der Servituten zuſteht, gezogen hat, „weil die servitutes praediorum an dem corpus praedii ſelbſt kleben," und ſo „doch wohl auch derjenige, welcher eine ſolche Servitut in Anſpruch nehmen oder in Abrede ſtellen will, Beſitzer des corpus ſein müſſe" [64]). Dieſe Klagen ſind als analog der utilis rei petitio vollkommen gerechtfertigt. Die corporis possessio aber hat damit nichts zu ſchaffen; denn Niemand wird bezweifeln, daß der Emphyteuta ſowohl confessoria als negatoria actio anſtellen, beziehungsweiſe damit belangt werden könne, wenn er ſich auch nicht im Beſitze des emphyteutiſchen Grundſtückes befindet, wie er die utilis rei petitio ſogar nur dann anſtellen kann, wenn er nicht im Beſitze iſt. Was endlich die ſyſtematiſche und praktiſche Bedeutung unſerer Frage betrifft, ſo iſt vorerſt bemerklich zu machen, daß der gewichtigſte Vertheidiger der corporis possessio des Emphyteuta dieſelbe durch die innere Natur ſeines Rechtes keineswegs erklärt findet, ſondern ſie vielmehr geradezu eine Inconſequenz nennt und nur einen hiſtoriſchen Erklärungsgrund dafür anführt[65]). Die praktiſche Bedeutung der Frage beſchränkt ſich, wenn man das in Betreff der Erſitzung oben Bemerkte annimmt,

---

61) L. 22. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.)
62) Cf. L. 12. §. 5. D. de usufr. (7. 1.)
63) L. 5. 33. D. de poss. (41. 2.)
64) Büchel a. a. O. S. 46. Vangerow, §. 200, S. 277.
65) Savigny, S. 144, 222, 336.

nur darauf, daß nach der einen Anſicht auch der Eigenthümer poſſeſſoriſchen Schutzes genießt, nach der anderen nicht. Nun wird dieſer freilich ſelten in den Fall kommen, von den Interdicten Gebrauch zu machen, wenn der Emphyteuta beſitzt, weil er dann in der Regel mittelbar durch dieſen geſchützt ſein wird, und von ſelbſt ſich verſteht, daß er gegen dieſen zurückſtehen muß, wenn derſelbe aber nur den emphyteutiſchen Beſitz behaupten will [66]). Dennoch aber ſcheint es dem praktiſchen Bedürfniß nicht vollkommen entſprechend, den poſſeſſoriſchen Schutz dem Erbpachtherrn ganz zu verſagen. Es kann ja, während die Emphyteuſe ſelbſt anerkannt iſt, über das Eigenthum Streit herrſchen, und hier kann es wichtig ſein, mittelſt des interdictum uti possidetis zu entſcheiden, wem in dieſem Prozeß die Rolle des Beklagten zukomme, ſo wie man auch die Möglichkeit eines Poſſeſſorium über das ſogenannte dominium directum, z. B. des Lehnsherrn, nicht in Abrede ſtellen wird. Man ſetze ferner den Fall der Dejection des Emphyteuta durch einen Dritten, der ſich nun den vollen Eigenthumsbeſitz der Sache anmaßt. Soll nun hier der Eigenthümer nicht das interdictum de vi haben, unabhängig vom Emphyteuta, der vielleicht die Sache auf ſich beruhen läßt, der vielleicht auch kein Intereſſe mehr an der Sache hat, weil eben zu der Zeit aus irgend einem Grunde die Emphyteuſe ihr Ende erreicht hat? Soll jenem hier nur die Vindication, mit der Nothwendigkeit ſein Eigenthum zu beweiſen, übrig bleiben? Iſt der Emphyteuta nicht Repräſentant des Herrn in Betreff der corporis possessio, alſo durch die Dejection des erſten nicht auch der letzte für dejicirt zu achten, ſo ſteht dieſem kein Interdict zu, oder man müßte denn zu einer fingirten Ceſſion ſeine Zuflucht nehmen. Ueberhaupt aber iſt einleuchtend, von welcher Wichtigkeit es nach Umſtänden ſein könne, ob man die Grundſätze, welche von dem Verluſt des Beſitzes an und durch den Repräſentanten gelten, auch auf das Verhältniß des Erbverpachters zum Erbpachter anwenden könne oder nicht [67]), und dieß hängt davon ab, ob man den letzten in Anſehung des juriſtiſchen Beſitzes der Sache ſelbſt nur als Repräſentanten des erſten anſieht, oder ihm allein die ausſchließliche corporis possessio beilegt. Wir halten das Erſte für richtig.

Außer den poſſeſſoriſchen Interdicten wird auch noch das interdictum de loco publico fruendo auf die Emphyteuſe angewendet [68]). Daſſelbe ſetzt aber einerſeits nur die conductio voraus, und iſt andererſeits nach dem in L. 1. §. 1. D. h. t. angegebenen Motiv auf Privatemphyteuſen nicht anzuwenden.

Endlich ſtehen dem Emphyteuta auch andere Klagen zu Gebote, welche die Verhütung oder Aufhebung von Beeinträchtigungen des ſeiner Benutzung unterworfenen Grundſtückes bezwecken [69]).

---

66) Arg. L. 3. §. 7. D. uti possid. (43. 17.)

67) Savigny, §. 33, S. 429—444.

68) Tit. Dig. 43. 9. Cf. L. 1. §. 7. D. ut in flum. publ. (43. 10.) L. 13. §. 7. D. de iniuriis. (47. 10.) Savigny, S. 608, Note 1. Puchta, Lehrb. §. 174.

69) L. 23. §. 1. D. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) L. 5. §. 3. D.

Es ſind jetzt die Befugniſſe des Emphyteuta beſtimmt worden. Dieſen entſprechen folgende Verbindlichkeiten deſſelben. Die Sache ſelbſt muß er in gehörigem Stande erhalten, und haftet wegen der durch ſeine Schuld herbeigeführten Verſchlechterung derſelben, wobei aber der Zuſtand des emphyteutiſchen Gutes im Ganzen ins Auge zu faſſen iſt, indem die Verſchlechterung in einzelnen Theilen durch anderweitige Verbeſſerung aufgewogen werden kann [70]). Auch alle auf der Sache haftenden öffentlichen Laſten und Abgaben muß der Emphyteuta tragen [71]). Dann iſt eine Hauptverbindlichkeit deſſelben, daß er den feſtgeſetzten Zins (pensio, reditus, canon, vectigal) zu gehöriger Zeit unaufgefordert an den Eigenthümer entrichte [72]). Dieſe Abgabe iſt häufig ſehr gering, nicht im Verhältniß zu der Ertragsfähigkeit des emphyteutiſchen Grundſtückes. Ganz ohne Grund aber haben dieß früher Manche als ein weſentliches oder regelmäßiges Merkmal des emphyteutiſchen Rechtsverhältniſſes angeſehen, daher in der Feſtſetzung einer größeren Abgabe einen Beweis gegen die emphyteutiſche Natur einer Pachtung finden wollen [73]). Man hegte die Anſicht, der Canon werde überall nur in recognitionem dominii gegeben, nicht als Gegenleiſtung für die überlaſſene Nutzung. Die Geſetze enthalten nirgends eine allgemeine Beſtimmung über die Größe des Canon oder deſſen Verhältniß zur Nutzbarkeit der Sache, überlaſſen alſo der beſonderen Uebereinkunft die Feſtſetzung deſſelben, ſo wie auch, ob er in Geld oder Früchten, und im letzten Falle ob in einer ein für allemal beſtimmten Quantität oder in einer Quote des jährlichen Fruchtertrages beſtehen ſolle [74]). Der Canon iſt dann auch eben ſo gut, wie ein anderer Pachtzins, als wahre Gegenleiſtung für den Genuß der Sache anzuſehen. Aber abweichend von einem gewöhnlichen Pachtverhältniß, kann ſelbſt wegen zufälligen theilweiſen Unterganges des Grundſtückes nicht eine Minderung der Abgabe begehrt werden, ſo wenig wie von der anderen Seite wegen etwa eingetretenen Zuwachſes eine Erhöhung [75]). Dennoch iſt ſtreitig, ob nicht wegen Mißwachſes und anderer ungewöhnlicher den Ertrag ſchmälernder Unglücksfälle Nachlaß vom Canon, wie bei einer gewöhnlichen Pachtung, gefordert werden könne. Während es hier unbedingt bejaht wird [76]), Andere es unbedingt verneinen [77]), nimmt eine dritte Meinung an, es

---

arbor. furt. caes. (47. 7.) und arg. L. 3. §. 3. D. de op. novi nunc. (39. 1.) L. 13. §. 8. D. de damno infecto. (39. 2.) L. 11. §. 14. D. quod vi. (43. 24.)

70) Nov. 7. cap. 3. §. 2. Thibaut, Verſuche, Bd. 2, S. 15, Nr. 2.

71) L. 2. Cod. h. t. Cf. tit. Cod. de collatione fundorum patrimonialium et emphyteuticariorum. (11. 64.)

72) L. 1. pr. L. 2. D. h. t. §. 3. J. de locat. L. 2. Cod. cit. L. 1. Cod. de adm. rerumpubl.

73) Noch vor nicht langer Zeit hatte Vf. dieſes Artikels als Referent über einen Rechtsfall dieſe Meinung zu widerlegen.

74) Vgl. auch Buri, S. 182.

75) L. 1. Cod. h. t. Cf. L. 2. Cod. de vend. reb. civit. (11. 31.) L. 3. Cod. de alluvion. (7. 41.)

76) Mühlenbruch, doctr. pand. §. 295. not. 5.

77) Z. B. Buri, S. 182. Glück, S. 417 flg. Thibaut, §. 778, Note k.

ſei zwar ein ſolcher Anſpruch regelmäßig nicht, aber doch dann wohl gegründet, wenn die Größe des Canon entſprechend der Ertragsfähigkeit des Grundſtückes beſtimmt ſei [78]). Gewiß aber iſt die zweite Meinung die richtige. Das ohnehin unſichere Argument für die erſte, aus L. 15. §. 4. D. locati entnommen [79]), kann gegen den geſetzlichen Ausſpruch der L. 1. Cod. h. t. nicht Stand halten; denn die Beſtimmung dieſes Geſetzes iſt ſelbſt den Worten nach auch auf Unglücksfälle der fraglichen Art zu beziehen [80]), und ſollte die bis dahin ſchwankende Frage, ob hier die Grundſätze der regelmäßigen locatio conductio anzuwenden ſeien, entſcheiden [81]), ſo daß hiernach der L. 15. §. 4. cit., wenn ſie überhaupt hierher gehört, nur noch eine hiſtoriſche Bedeutung beigelegt werden kann. Es wäre wahrlich auch ein ſonderbares Recht, wornach der für alle Zeit fortwirkende Untergang ſelbſt des größern Theiles der Sache weniger wirken ſollte, als die Unfruchtbarkeit eines einzelnen Jahres. Die dritte vermittelnde Meinung geht von der falſchen Vorſtellung aus, als gehöre es eigentlich zum Weſen der Emphyteuſe, daß der Canon geringe ſei, und müſſe daher die Regel der Pachtung zur Anwendung kommen, wenn dieß nicht der Fall iſt. Wie bei der gewöhnlichen Pachtung durch beſondere Verabredung die Regel ausgeſchloſſen werden kann, ſo iſt ſie bei der Emphyteuſe nach L. 1. cit. allgemein ausgeſchloſſen, wenn ſie nicht umgekehrt durch beſondere Verabredung eingeführt wird. Natürlich aber tritt eine Verminderung des Canon ein, wenn er in einer Quote der jährlichen Früchte beſteht, oder etwa nach Morgenzahl beſtimmt iſt, und nun der Fruchtertrag ſich vermindert oder das Grundſtück verkleinert wird. Auch das iſt noch gefragt worden, ob nicht wenigſtens für die Zeit der Canon zu erlaſſen ſei, während welcher der Emphyteuta durch äußere Gewalt aus dem Beſitze des emphyteutiſchen Grundſtückes gänzlich verdrängt worden, z. B. durch Ueberſchwemmung, Kriegsereigniſſe u. dgl. [82]), oder ob auch

---

78) Voet ad Dig. h. t. nr. 19. et ibi cit.

79) Die Stelle ſpricht zunächſt nicht von dem Rechte, die Remiſſion zu fordern, ſondern erklärt nur, daß die bewilligte Remiſſion nicht für definitiven Erlaß zu halten ſei. Auch können die Worte: hoc idem in vectigalis damno (nach der Vulg. vectigali; nur Ital. hat in vectigalis agri damno) füglich auf Pachtung von Gefällen bezogen werden. Voet l. c. Unterholzner, Schuldverhältniſſe, Bd. 2, S. 369, Note. Die Baſiliken überſetzen zwar καὶ ἐπὶ ἐμφυτευτικόν; aber die Scholien beziehen die Stelle auch auf Zollpachtungen, halten alſo dieſe Erklärung eben ſo wohl für möglich, wie die Baſiliken, während doch Papinian bei den angeführten Worten ſicher nur das eine oder das andere ſich gedacht hat. Büchel a. a. O. S. 38, Note. Vuy l. c. p. 186. 187.

80) Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. Hier bezeichnet particulare damnum den theilweiſen Untergang der Sache ſelbſt; vel aluid leve damnum iſt jede andere die Sache betreffende Fatalität, z. B. Unwetter, Ueberſchwemmung, Kriegsverwüſtung, Wildſchaden u. dgl.

81) Es ſollte nun nicht mehr nöthig ſein, dieſelben ausdrücklich auszuſchließen, was bis dahin wahrſcheinlich gewöhnlich geweſen: Si interdum ea quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta.

82) Donell. cap. 14. §. 23. Voet l. c. nr. 21. 22. Buri, S. 182, 183.

hier derſelbe nachgezahlt werden müſſe, wenn die Sache nicht wirklich ganz verloren werde? Die ſtrengere Meinung iſt auch hier die conſequentere[83]).

Beſondere Verpflichtung hat der Emphyteuta gegen den Eigenthümer in Beziehung auf vorzunehmende Veräußerungen ſeines Rechtes. Will er daſſelbe verkaufen, ſo muß er davon dem Eigenthümer Anzeige machen, mit Angabe des Preiſes, welchen er von einem Anderen erhalten kann. Alsdann muß er zwei Monate abwarten, ob nicht der Herr ſelbſt unter denſelben Bedingungen die Emphyteuſe an ſich kaufen wolle. Macht dieſer innerhalb dieſer Friſt von dem ihm zuſtehenden Vorkaufsrechte keinen Gebrauch, ſo darf definitiv an einen Anderen verkauft werden[84]). Durch den bloßen Abſchluß eines eventuell beide Contrahenten bindenden Kaufcontractes ohne vorhergegangene Anzeige an den Eigenthümer verſtößt der Emphyteuta noch nicht gegen dieſe Vorſchrift, wo nur ausdrücklich oder ſtillſchweigend die Bedingung vorbehalten iſt, daß ſie noch nachträglich beobachtet werde. Jenes wird ſogar regelmäßig das Zweckmäßigſte ſein, um mit Sicherheit dem Eigenthümer den Verkaufpreis beſtimmen zu können[85]). Conſequent iſt es übrigens, dieſe Beſtimmung auch dann anzuwenden, wenn die Emphyteuſe vermöge Pfandrechtes oder im Concurſe der Gläubiger verkauft werden ſoll; denn dieſer Verkauf wird, wenn auch gegen den Willen, doch im Namen und kraft des Veräußerungsrechtes des Emphyteuta vollzogen, und müſſen alſo dabei auch die für dieſes geltenden Beſchränkungen eintreten[86]). Bei anderen Arten der Veräußerung aber, z. B. durch Tauſch, Schenkung u. dgl., kann davon nicht die Rede ſein. Indeſſen muß bei jeder Veräußerung oder Uebertragung der Emphyteuſe ex singulari causa, alſo auch beim Vermächtniß derſelben, der Eigenthümer um Ertheilung ſeiner Zuſtimmung und Anerkennung des neuen Emphyteuta erſucht werden. Dieſe kann er freilich nicht willkürlich verſagen. Nur wenn ſich gegründete Einwendungen gegen die Perſon machen laſſen, worüber nöthigenfalls richterliche Cognition ſtattfindet, iſt er dazu befugt[87]). Sonſt muß er ſie innerhalb der Zeit von zwei Monaten nach empfangenem Geſuche, und zwar durch eine von ihm ſelbſt vollzogene ſchriftliche Urkunde (einen neuen Erbpachtbrief) oder durch Erklärung zu Protocoll oder vor einem Notar ertheilen[88]).

---

83) Leoninus ad L. 1. Cod. h. t. nr. 7. Thibaut, Verſuche, Bd. 2, S. 15, Nr. 3.

84) L. 3. Cod. h. t.

85) Buri, S. 174 flg., der jedoch zu weit geht, wenn er behauptet, die attestatio, welche dem Herrn zuzuſtellen ſei, müſſe ein Zeugniß über den geſchloſſenen Contract ſein.

86) Donell. l. c. cap. 20 a. E. Glück, S. 513, Note 64.

87) Si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas (oder quae non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emtionem) et idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit, non contradicere etc.

88) Ipsos dominos per se (d. h. in eigener Perſon, und zwar:) vel per litteras suas, vel... per depositionem in hac quidem civitate apud .. magistrum censuum vel praesentitabulariis per attestationem, in provinciis autem per praesides vel defensores celebrandam.

Dafür iſt er dann berechtigt, eine Abgabe zu fordern, jetzt gewöhnlich Laudemium, Handlohn, Lehnwaare genannt, welche nach geſetzlicher Beſtimmung zwei Procente (quinquagesima pars) des Kaufpreiſes, oder, wo die Veräußerung kein Verkauf iſt, des Schätzungswerthes beträgt und der Regel nach von dem neuen Emphyteuta gezahlt werden muß[89]). Hat der Eigenthümer in beſagter Zeit ſich nicht bereitwillig finden laſſen, den neuen Emphyteuta anzunehmen, ſo kann alsdann der Veräußernde, ohne weiter Rückſicht auf jenen zu nehmen, die Uebertragung des emphyteutiſchen Grundſtückes vollziehen, und es kann dann auch die Zahlung des Laudemium nicht verlangt werden [90]). Der Zweck dieſer Anordnungen

---

89) Daß dieſe Praxis dem Sinne der L. 3. Cod. cit. nicht entſpreche, wird von Manchen behauptet, z. B. Buri, S. 191, 192; Thibaut, §. 778; Vuy, p. 192. Aber iſt es wohl z. B. bei einer Schenkung, und vollends bei dem Vermächtniß durchzuführen, daß der bisherige Emphyteuta auch noch die Quinquageſima entrichte?

90) Dieß iſt im Zuſammenhang der Inhalt der L. 3. Cod. cit., nach folgender Zergliederung. 1) Allgemeiner Ausſpruch: Minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre. 2) Nähere Beſtimmung für den Verkauf: a) attestationem domino transmittere et praedicere quantum pretium etc.; b) et si quidem dominus hoc dare voluerit... ipsum comparare; c) si autem duorum mensium spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini.. vendere. Es iſt nun das Vorkaufrecht des Herrn ausgeſchloſſen; an wen verkauft werde, braucht bis dahin derſelbe noch nicht nothwendig erfahren zu haben. Dann aber folgt 3) die allgemeine Beſtimmung über die Anerkennung des neuen Emphyteuta: Necessitatem habere dominos... novum emphyteutam in possessionem suscipere, und zwar bezieht ſich dieſe ſowohl auf den Fall des nach Nr. 2 giltigen Verkaufes (si melioratio secundum praefatum modum vendita sit), als auf jede andere Veräußerung der Emphyteuſe (vel si ius emphyteuticum... transponere emphyteuta maluerit). Dabei wird die Form der Anerkennung und das für dieſe (pro subscriptione vel depositione) zu Zahlende feſtgeſetzt. Endlich: sin autem novum emphyteutam vel emtorem meliorationis suscipere dominus minime maluerit et attestatione facta intra duos menses hoc facere supersederit, licere emphyteutae etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius vel emphyteumata transferre. Beim Verkaufe muß alſo noch einmal zwei Monate gewartet werden, nachdem die Anzeige von dem wirklichen Abſchluß des Kaufcontractes gemacht und die Annahme des neuen Emphyteuta nachgeſucht worden iſt; die erſte Friſt von zwei Monaten war dem Eigenthümer lediglich für die Ausübung des Vorkaufrechtes gewährt. Bei anderen Veräußerungen iſt nur die Vorſchrift unter Nr. 3 zu beobachten, und nur, inſofern dieſe es erheiſcht, die Zuſtimmung des Herrn nachzuſuchen, alſo nicht zum Abſchluß des Veräußerungsgeſchäftes, ſondern nur zur Vollziehung deſſelben und zum wirklichen Eintritt des neuen Emphyteuta. — Im Weſentlichen übereinſtimmend hiermit iſt Donellus l. c. cap. 14. §. 8—20. Mehr oder weniger abweichende Erklärungen ſiehe bei Buri, S. 172, 207; Glück, S. 441 flg.; Göſchen, Vorleſ. Bd. 2, H. 1, S. 296—298; Thibaut, Syſtem, §. 778; Vuy l. c. p. 171—184, 189—195; Muehler, de iure emphyteutico transferendo (Berol. 1835), p. 52 sq. Der Letzte namentlich vertheidigt die Anſicht, daß das Geſetz gar nicht den Emphyteuta verpflichte, im Falle der Singularſucceſſion in die Emphyteuſe die Anerkennung des Eigenthümers nachzuſuchen, ſondern nur dieſem die Nothwendigkeit auflege, den neuen Emphyteuta auf Erſuchen aufzunehmen, und eben dadurch den bisherigen aus dem obligato-

ſcheint dieſer zu ſein, daß dem Eigenthümer nicht ohne ſein Wiſſen ein fremder Emphyteuta aufgedrängt werden ſoll, gegen deſſen Perſon er vielleicht Einwendungen zu machen hätte, und daß nun auch zugleich ein perſönliches Verpflichtungsverhältniß zwiſchen dem Eigenthümer und dem neuen Emphyteuta förmlich anerkannt werde[91]). Die Frage, wie es in Betreff des Laudemium zu halten ſei, wenn das Veräußerungsgeſchäft wieder rückgängig gemacht wird, z. B. der Verkauf vermöge einer Reſolutivbedingung oder wegen laesio enormis aufgelöſt wird, iſt wohl dahin zu beantworten, daß durch vollſtändige Vernichtung oder Reſciſſion der Veräußerung auch jene Nebenwirkung rückgängig gemacht werde und das Gezahlte als sine causa datum condicirt werden könne; nicht aber kann das Gleiche gelten, wenn nur durch einen neuen Vertrag die veräußerte Emphyteuſe auf den früheren Emphyteuta zurückübertragen wird, wie z. B. vermöge eines pactum de retrovendendo; in welchem Falle vielmehr jedesmal das Laudemium zu entrichten iſt[92]).

Bei einer Veränderung des Emphyteuta durch Vererbung treten die angegebenen Verbindlichkeiten überall nicht ein, da dieſe nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt, ſondern der Erbe als eine Perſon mit dem Erblaſſer anzuſehen iſt, und daher auch von ſelbſt in deſſen Verbindlichkeiten, wie in deſſen Rechte eintritt. Wenn dennoch Manche in Beziehung auf teſtamentariſch ernannte fremde Erben und wohl auch in Beziehung auf Inteſtaterben außer den Deſcendenten eine Verpflichtung zur Zahlung der Quinquagesima behauptet haben, ſo haben dabei

---

riſchen Nexus zu entlaſſen. So lange dieſe Aufnahme nicht nachgeſucht ſei, bleibe das obligatoriſche Verhältniß zum bisherigen Emphyteuta unverſehrt, obwohl das dingliche Recht dem neuen erworben ſei. Nach Ablauf der zwei Monate aber werde die Aufnahme für geſchehen angenommen (p. 57, 60, 61, l. c. Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 366, 367). Allein am Schluſſe der L. 3. cit. wird der Verluſt des Rechtes angedroht, sin aliter fuerit versatus (emphyteuta) quam nostra constitutio disponit. Unmittelbar vorher aber geht die Beſtimmung, daß erſt dann der Emphyteuta auf einen Anderen ſein Recht ohne Zuſtimmung des Eigenthümers übertragen könne, wenn dieſer zwei Monate die Annahme des neuen Emphyteuta verzögert habe. Auch darauf nun iſt doch unverkennbar jene Drohung zu beziehen, wenn gegen dieſe Vorſchrift gefehlt wird. Alſo ſoll der Eigenthümer erſt um die Annahme erſucht werden, bei Strafe der Caducität. — Andererſeits iſt auch entſchieden verwerflich die Meinung Einiger, welche dem Eigenthümer auch in anderen Fällen als beim Verkaufe eine Art von ius protimiseos beilegen wollten. Leonin. ad L. 3. cit. Vergl. Buri, S. 177.

91) Muehler l. c. p. 57. Unterholzner, S. 363, 364, 366, 367.

92) Thibaut, §. 778, Note b. c. Doch ſind auch darüber die Meinungen verſchieden; vergl. namentlich Buri, S. 201 flg.; Glück, S. 499 flg. Auch Unterholzner (S. 367) ſpricht dem Eigenthümer nur das Recht auf abermalige Zahlung des Angeldes bei Reſciſſion der Veräußerung ab. Aber durch dieſe wird doch auch die Anerkennung, wofür das Handgeld gezahlt worden, in ihrer Wirkung vernichtet, und erſcheint alſo das Gezahlte als sine causa datum; denn daß das Angeld blos für den äußerlichen Act der Anerkennung ohne Rückſicht auf ſeine juriſtiſche Wirkſamkeit gegeben werde, läßt ſich nicht annehmen. Aber freilich muß man vorausſetzen, daß dem Eigenthümer der ganze Inhalt des Veräußerungsgeſchäftes, woraus die Reſciſſibilität deſſelben folgt, bekannt gemacht ſei.

ohne Zweifel Vorſtellungen von lehnrechtlichen Verhältniſſen mitgewirkt, die dem römiſchen Rechte ganz fremd ſind [93]). Und vollends kann nur durch mißverſtändliche Einmiſchung eigenthümlich teutſchrechtlicher Grundſätze die Frage hervorgerufen ſein, ob auch im Falle eines Wechſels in der Perſon des dominus emphyteuseos das Laudemium gezahlt werden müſſe [94]). Gewiß richtig dagegen iſt die Behauptung, daß dieſe Verpflichtung eintrete, wenn der Emphyteuta ſchon bei ſeinen Lebzeiten die Emphyteuſe dem künftigen Erben überträgt [95]). Daſſelbe iſt auch zu behaupten, wenn durch Erbtheilung die ganze Emphyteuſe Einem von mehreren Erben überwieſen worden, in Anſehung der Antheile der übrigen Erben. Viele zwar verneinen dieß, vorzüglich aus dem Grunde, weil auch ſonſt wohl die Theilung unter Miterben nicht als Veräußerung angeſehen werde [96]). Allein dieß geſchieht nur in Rückſicht auf ein beſtimmtes Veräußerungsverbot, von dem auch andere Ausnahmen gemacht werden [97]). In der That aber liegt in der Zutheilung der ganzen Sache an Einen von den Miterben oder überhaupt Miteigenthümern eine wahre Veräußerung in Anſehung der den Anderen zuſtehenden Antheile, und muß ſie alſo in ſo weit unter die Regel fallen, wenn nicht eine Ausnahme dafür beſonders begründet iſt [98]). In der Natur der Sache aber iſt dieſe nicht begründet. Denn jeder Erbe repräſentirt nur pro parte den Erblaſſer; es iſt alſo eine neue nicht durch die bloße Vererbung herbeigeführte Aenderung in der Perſon des Emphyteuta, wenn ein Erbe allein ſtatt Aller in die emphyteutiſchen Rechte und Verpflichtungen eintritt, und dazu bedarf es der Anzeige an den Herrn, um deſſen Anerkennung zu erhalten; für dieſe aber wird die Quinquagesima gezahlt. Auch iſt ja jene Aenderung keineswegs gleichgiltig für den Eigenthümer; dieſer kann ſogar gegründete Einwendungen gegen die Perſon desjenigen Erben haben, dem die Emphyteuſe ausſchließlich überlaſſen werden ſoll, und kann deßhalb Einſpruch dagegen thun, wenn gleich er den Uebergang des Rechtes auf ihn als Erbe pro parte hereditaria nicht hindern konnte [99]).

Wir wenden uns nunmehr zur Beſtimmung der Erwerbgründe der Emphyteuſe. Dabei muß man unterſcheiden die erſte Errichtung oder denjenigen Erwerb, durch welchen das emphyteutiſche Recht an einem

93) Buri, S. 209, 211.
94) Buri, S. 195—201.
95) Thibaut, §. 778, Note f. Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 111, Note e.
96) Nov. 12. cap. 1: Quando enim res litigiosae per successionem ad heredes perveniunt, non debet alienatio intelligi earum inter coheredes divisio. Voet l. c. n. 35. Vuy p. 193, 194. Vgl. Glück, S. 491 flg.
97) L. 4. Cod. de litigiosis. (8. 37.)
98) Daher fällt die Provocation zu einer Theilungsklage als freiwillige Veräußerung unter die Vorſchrift der oratio D. Severi. L. 1. §. 2. L. 7. pr. cf. L. 3. §. 4. D. de reb. eor. (27. 9.) L. 17. Cod. de praediis. (5. 71.) Voet ad tit. Dig. fam. ercisc. n. 14. Rudorff, Recht der Vormundſchaft, Bd. 2, S. 411, 412.
99) Unterholzner a. a. O. S. 367, 368.

Grundſtück überhaupt erſt entſteht, von dem bloßen Uebergang einer ſchon begründeten Emphyteuſe auf einen Anderen als den urſprünglichen Emphyteuta.

Errichtet wird die Emphyteuſe vor Allem durch Vertrag. Ueber die Natur dieſes Vertrages (in Betreff des ager vectigalis) waren ſchon in der claſſiſchen Jurisprudenz Zweifel angeregt worden. Man ſchwankte, ob man denſelben unter den Geſichtspunkt der emtio venditio ſtellen, alſo eine Alienation der Sache darin erkennen ſolle (wobei man das Vectigal etwa dem Zins von einem ſtehengebliebenen Kaufpreiſe vergleichen mochte), oder ob man ihn vielmehr als locatio conductio zu betrachten habe, wofür ſich Cajus entſcheidet [100]). Die Frage konnte, zumal ſeitdem auch Privatgüter mit gleichem Rechte ausgegeben wurden, in verſchiedenen Beziehungen von Bedeutung ſein. Es würde z. B. davon abhängen, ob die Beſtellung der Emphyteuſe unter ein geſetzliches Verbot, z. B. der Mündelgüter, falle oder nicht [101]). Vorzüglich aber ſcheint der Zielpunkt jener verſchiedenen Betrachtungsweiſe dieſer geweſen zu ſein, ob der Erbverpachter dem Erbpachter fortwährend nach den Grundſätzen eines gewöhnlichen Pachtverhältniſſes den ungehinderten Genuß des Pachtgegenſtandes zu gewähren ſchuldig ſei, und demnach auch wegen Schmälerung deſſelben durch zufällige die Subſtanz der Sache oder deren Fruchtertrag betreffende Ereigniſſe ein Anſpruch auf verhältnißmäßige Minderung der Pachtabgabe ſtattfinde, oder ob vielmehr der Erbpachter ſolchen Schaden, als welcher ein zu ſeinem Vermögen gehörendes Object betreffe, allein zu tragen habe, der Eigenthümer aber den einmal feſtgeſetzten Zins ungemindert zu fordern berechtigt bleibe [102]). Zeno hat dieſe Zweifel beſeitigt, indem er verordnete: ius emphyteuticum neque conductionis neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse, ab utriusque memoratorum contractuum societate et similitudine separatum; conceptionem item definitionemque habere propriam, et iustum esse validumque contractum etc., und dabei zugleich speciell jene Frage wegen zufälliger Minderung der Sache oder ihres Ertrages entſchied [103]). Dieſe Entſcheidung hat denn auch Juſtinian gebilligt und als die zu ſeiner Zeit praktiſche aner-

---

100) Cai. III. 145. — §. 3. J. de locat. et Theophil. ad h. l. — Unterholzner a. a. O. S. 362, 369.

101) Rudorff a. a. O. S. 407 flg.

102) Vgl. Büchel a. a. O. S. 28—39. Dieſer hält es jedoch mit Unrecht für widerſinnig, ein der Servitut nachgebildetes, obwohl umfaſſenderes, Recht durch Pacht entſtehen zu laſſen. Die obligatoriſche Natur des Pachtverhältniſſes hindert nicht, dem Pachter an dem gepachteten Grundſtück ein dingliches durch ſeinen Inhalt von ſelbſt dem Uſusfructus naheverwandtes Recht beizulegen. Nach dem Code Napoleon z. B., der den Grundſatz: Kauf bricht Miethe, nicht kennt, kann man ſagen, es ſei dem Miether ein Recht an der Sache gewährt, das dem Uſusfructus wahrlich näher ſteht, als dieſer den Prädialſervituten. Könnte doch auch der Uſusfructus für eine beſtimmte Zeit (nur als perſönliche Servitut nicht vererblich) gegen Verſprechen eines jährlichen Zinſes eingeräumt werden!

103) L. 1. Cod. h. t. Vgl. oben Note 76 flg.

kannt[104]), was ihn jedoch nicht hindern konnte, anderwärts auszuſprechen, daß durch ein geſetzliches, teſtamentariſches oder vertragsmäßiges Veräußerungsverbot regelmäßig auch die Einräumung der Emphyteuſe für unterſagt zu halten ſei[105]). Es iſt alſo nun der Vertrag zur Begründung der Emphyteuſe als ein eigener Contract hingeſtellt, contractus emphyteuseos oder emphyteuticarius, von welchem jedoch ungeachtet des kaiſerlichen Ausſpruches nicht zu leugnen iſt, daß er nach einer Seite hin der locatio conductio nahe verwandt iſt, von der er ſich andererſeits freilich durch die Begründung eines ſelbſtſtändigen dinglichen Rechtes bedeutend unterſcheidet. Dieſer Vertrag nämlich erzeugt zugleich ein obligatoriſches Verhältniß unter den Contrahenten und das dingliche Recht des Emphyteuta. Aus der obligatoriſchen Natur deſſelben entſteht für beide Theile und deren Univerſalſucceſſoren eine perſönliche Klage auf Erfüllung der gegenſeitig eingegangenen Verbindlichkeiten, die man jetzt emphyteuticaria (in personam) actio zu nennen pflegt, mit welcher denn namentlich auch die Zahlung des Canons gefordert werden kann. Was aber die Entſtehung des dinglichen Rechtes angeht, ſo iſt es eine ſehr verbreitete Meinung, daß dazu der Vertrag nicht allein hinreiche, ſondern die Uebergabe des emphyteutiſchen Grundſtückes hinzukommen müſſe. Dieſes verſteht ſich freilich von ſelbſt für diejenigen, welche dem Emphyteuta eine Art Eigenthum beilegen[106]). Die aber das Letzte für irrig erkennen, wiſſen überall keinen irgend erheblichen Grund für jene Meinung anzugeben[107]). Die Quellen ſelbſt ſprechen für die Anſicht, daß durch die locatio in perpetuum ſofort die dingliche Klage, alſo auch das dingliche Recht entſtehe[108]), und mit Recht wird daher dieſe von vielen Schriftſtellern gebilligt[109]). — Sehr ſtreitig iſt auch die Frage,

---

104) §. 3. J. cit.: Quo iure utimur.

105) L. 7. Cod. de reb. alien. non alienand. (4. 51.)

106) Nach L. 20. Cod. de pactis. (2. 3.) Glück, S. 464.

107) Thibaut (§. 779, Note o) bezieht ſich blos auf L. 31. D. de acquir. dom. (41. 1.), widerſprechend ſeiner eigenen Anſicht über die Natur des emphyteutiſchen Rechtes (oben Note 23, 24). In Wening-Ingenheim's Lehrbuch (5. Ausg.), Bd. 2, §. 113, wird eingeräumt, daß die Geſetze von der Nothwendigkeit hinzukommender Tradition ſchweigen, aber bemerkt, ſie werde doch nach Analogie deſſen, was beim Eigenthum und ſelbſt bei den Servituten gelte, mit Recht allgemein (?) angenommen. Aber dieſen Analogien kann man die des Pfandrechtes entgegenſtellen, und zudem iſt auch die Analogie der Servituten nach der Meinung, die wir mit den angeſehenſten Civiliſten für die richtige halten, vielmehr dagegen. Mühlenbruch (§. 297, Note 5) bezieht ſich theils auf unſichere hiſtoriſche Vorausſetzungen, theils auf Argumente, deren Prämiſſen ſchon oben widerlegt ſind (Note 55 flg.), die aber auch, wenn man dieſe Widerlegung nicht ausreichend findet, höchſtens eine Wahrſcheinlichkeit erzeugen. Donellus (cap. 13. §. 15.) legt beſonders Gewicht auf die Worte in §. 3. J. cit.: De praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, überſehend, daß hier noch blos von der Natur des Contractes die Rede iſt, zu deſſen Erfüllung freilich die Uebergabe gehört, nicht aber zur Abſchließung.

108) L. 1. §. 1. D. h. t.: Qui conduxerunt, placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem.

109) Du Roi, im Arch. Bd. 6, S. 367. Haſſe, im rhein. Muſ. Bd. 1, S. 93. Schröter, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S.

ob es zur Giltigkeit des emphyteutiſchen Contracts ſchriftlicher Abfaſſung bedürfe? Für die Errichtung kirchlicher Emphyteuſen kann wohl die Nothwendigkeit dieſer Form nach Nov. 120. cap. 6. §. 2. nicht in Abrede geſtellt werden, und ſie wird auch von den Meiſten anerkannt [110]). Aber Viele behaupten dieſelbe allgemein als regelmäßiges Erforderniß dieſes Vertrages [111]). Es war natürlich, daß ein Vertrag, der für immer oder für ſehr lange Zeit wirken ſollte, meiſtens ſchriftlich abgefaßt wurde, und bei Municipal-, wie bei fiscaliſchen Gütern brachte dieß ohnehin gewiß der regelmäßige Geſchäftsgang mit ſich [112]). Aber eben deßhalb kann man auf die Nothwendigkeit dieſer Form nicht daraus einen Schluß ziehen, daß in den betreffenden Conſtitutionen mehrmals auf die instrumenta emphyteuseos Bezug genommen wird. Eine Beſtimmung, wodurch ſie allgemein vorgeſchrieben würde, findet ſich aber nicht. Denn in der beiläufigen Aeußerung der L. 1. Cod. h. t. iſt eine ſolche nicht zu erkennen, um ſo weniger, da bis dahin der Vertrag den Conſenſualcontracten, dem Kauf oder der Miethe, beigezählt worden war, und in §. 3. J. de locat., ſowie bei Theophil. ad h. l. nicht die geringſte Andeutung einer ſolchen neuen Vorſchrift zu entdecken iſt [113]). Dagegen ſcheint L. 1. cit. eine dritte Meinung vollkommen zu begründen, nach welcher zwar nicht regelmäßig, aber doch dann und inſofern ſchriftliche Urkunde nothwendig ſein ſoll, als eine beſondere von der allgemeinen Regel des emphyteutiſchen Verhältniſſes namentlich von der dort ſpeciell ſanctionirten, abweichende Verabredung getroffen werde [114]). Die Conſtitution ſchickt nämlich zuerſt im Allgemeinen die Erklärung voraus, iustum validumque esse contractum, und nur in Betreff von Nebenverabredungen heißt es dann, ea quae pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque custodiri. Da man nun in der Regel nicht annehmen darf, daß der Geſetzgeber ohne Vorbedacht und beſtimmte Abſicht nicht zur Sache gehörende Zuſätze einſchiebe, ſo iſt man zu dem Schluſſe berechtigt, daß in Ermangelung ſchriftlicher Urkunde nicht daſſelbe gelten ſolle, um ſo mehr als ſich auch ſonſt ähnliche Beſtimmungen vorfinden [115]). Zu

---

243. Schweppe, Privatrecht, §. 314. Puchta, Lehrb. §. 173. Göſchen, Vorleſ. Bd. 2, H. 1, S. 300.

110) Glück, S. 462.

111) Donell. cap. 13. §. 14. Leonin. ad L. 1. Cod. h. t. nr. 3. Thibaut, §. 779. Vuy, p. 196. u. A.

112) Unterholzner, S. 363.

113) Cuiac. ad Cod. h. t. (opp. edit. Neap. IX. 419.) Voet ad D. h. t. n. 3. Buri, S. 160. Hofacker, princip. §. 1039. Glück, S. 461, Note 42. Vgl. Göſchen, Bd. 2, H. 2, S. 308.

114) Schon von einigen älteren Juriſten, namentlich Janus a Costa, gebilligt (vergl. Glück, S. 462, Note 45), neuerdings vertheidigt von Marezoll, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 359—371, und angenommen von Mühlenbruch, §. 297, Note 2—4; Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 113, und, wie es ſcheint, von Puchta, Lehrb. §. 173, Note y.

115) L. 32. Cod. de locato. (4. 65.) Cf. L. 13. §. 11. D. locati. (19. 2.) Marezoll a. a. O. S. 364, 369, und Bd. 3, S. 280—282.

weit aber geht die Behauptung, daß dergleichen Verabredungen nicht anders als durch Schrift bewieſen, daher nach Verluſt der Urkunde nicht mehr geltend gemacht werden können. Denn wenn Juſtinian in L. 3. Cod. h. t. feſtſetzt, was als Regel eintrete, si nulla huiusmodi pactio interposita sit vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est, ſo liegt die Vermuthung, daß hierbei nur der gewöhnliche Fall, wo durch den Verluſt der Contractsurkunde der Beweis wirklich unmöglich geworden, berückſichtigt ſei, gar zu nahe, als daß man darin eine geſetzliche Ausſchließung jedes anderen Beweismittels des giltig Verabredeten erblicken könnte.

Eine zweite Art der Errichtung der Emphyteuſe iſt die durch Vermächtniß. Es iſt jedoch in Zweifel gezogen worden, ob durch Vermächtniß ipso iure das dingliche Recht der Emphyteuſe entſtehen könne. Weil nämlich eine Verpflichtung des Emphyteuta damit weſentlich verbunden ſei, dieſe aber nicht durch den Willen des Erblaſſers ihm auferlegt werden könne, ſo, hat man behauptet, bewirke das Vermächtniß auch von Seiten des Eigenthümers der Sache zunächſt immer nur die Verpflichtung der Erben, den emphyteutiſchen Contract auf Verlangen mit dem Legatar abzuſchließen, und erſt dadurch werde denn auch das emphyteutiſche Recht wirklich erworben [116]). Oder auch man hat das Vermächtniß aufgefaßt als bedingt dadurch, daß der Legatar ſich zur Uebernahme der entſprechenden Verpflichtungen bereit erkläre, was denn auch zur Abſchließung einer Uebereinkunft führen würde [117]). Allein Juſtinian will den Vermächtniſſen überall die möglichſt vollkommene Wirkung geſichert ſehen, dergeſtalt, daß regelmäßig dem Legatar dingliche wie perſönliche Klage zur Geltendmachung des Inhaltes des Vermächtniſſes zuſtehen ſoll, ſo weit nur die erſte nach der Natur des Verhältniſſes anwendbar iſt. Darnach muß die gleiche Wirkung auch anerkannt werden, wenn der Eigenthümer an ſeinem Grundſtück die Emphyteuſe vermacht hat; ein dingliches Recht, welches er als Eigenthümer an ſeiner Sache direct zu gewähren im Stande war [118]). Daß der Legatar durch die Annahme des Vermächtniſſes als Emphyteuta gewiſſe Verpflichtungen über-

---

116) Muehler l. c. p. 19.

117) Donell. l. c. cap. 13. §. 13, der das Legat der Emphyteuſe mit dem Falle vergleicht, wenn dem Erben auferlegt iſt, eine Sache zu beſtimmtem Preiſe einem Anderen zu verkaufen. L. 66. D. de legat. I. L. 30. §. 3. D. de legat. III. Mühler's Bemerkung, dieſe Anſicht komme im Reſultat mit der ſeinigen überein, iſt nicht ganz richtig, wenn man ſeine Worte: cum emphyteuseos contractum cum herede celebraverit, genau nimmt. Denn hiernach wäre auch ſchriftliche Abfaſſung des Contractes zwiſchen dem Legatar und dem Erben erforderlich, ſo weit dieſe ſonſt nothwendig iſt (not. 111—115. Muehler l. c. p. 16); nach des Donellus Meinung bedürfte es nur einer Erklärung über die Annahme des Legates.

118) L. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.) Daß auch, wenn die Sache im Eigenthum des Onerirten iſt, das vermachte Eigenthum oder ius in re ipso iure erworben werde (Puchta, Lehrb. §. 532), kann man nicht behaupten. Dieß wäre ein exorbitanter Satz, daß eine Verfügung des Erblaſſers direct ein Recht an einer ihm fremden Sache gewähren könne, und L. 1. cit. ſpricht auch nicht dafür.

nimmt, ſteht jener dinglichen Wirkung nicht im Wege. Wie dieß hier durch die Natur des vermachten Rechtes gegeben iſt, kann es ſonſt durch Modus und andere Laſten, die auf Vermächtniß gelegt ſind, herbeigeführt werden. Daß er nicht wider Willen obligirt werde, dagegen iſt er ſchon durch den allgemeinen Grundſatz geſichert, wornach Niemand ein Legat anzunehmen braucht, inſofern alſo jedes Vermächtniß hanc conditionem habet, si legatarius velit [119]. Sollte aber dieſes ſo verſtanden werden, daß das Vermächtniß für ein wahrhaft bedingtes zu halten ſei, wie allerdings der ausdrückliche Zuſatz si volet für Vermächtniſſe als wahre Bedingung anzuſehen iſt [120], ſo würde man zu gänzlich verwerflichen Conſequenzen kommen: man würde behaupten müſſen, daß dies legati non cedat, bevor ſich der Legatar über die Annahme des Vermächtniſſes erklärt habe, daß alſo dieſes nicht auf die Erben transmittirt werde, wenn jener vor geſchehener Erklärung geſtorben iſt. Beharren wir alſo vielmehr bei der herrſchenden Meinung, welche das Vermächtniß als Entſtehungsgrund des emphyteutiſchen Rechtes ſelbſt betrachtet. Es kann denn auch der Fall ſein, daß Einem die Emphyteuſe, einem Anderen das Eigenthum des Grundſtückes legirt und kraft des Legates ipso iure erworben wird, ſo wie auch dem Erben das Recht der Emphyteuſe vorbehalten werden kann, indem das Eigenthum einem Anderen vermacht wird. In ſolchen Fällen aber kann der Eigenthümer die Anerkennung der perſönlichen Verpflichtungen von Seiten des Emphyteuta leicht erwirken: als Beſitzer nämlich, indem er die Sache nur unter dieſer Vorausſetzung herauszugeben braucht; und wenn der Emphyteuta im Beſitze iſt, durch Anſtellung der rei vindicatio, welcher dieſer nur durch Anerkennung jener Verpflichtungen ausweichen kann. Es ſcheint aber auch nicht unangemeſſen, ohne Weiteres auf den Grund des angenommenen Vermächtniſſes eine der Klage aus dem emphyteutiſchen Contracte analoge perſönliche Klage zu geſtatten [121].

Es fragt ſich nun weiter, ob auch durch Erſitzung das Rechtsverhältniß der Emphyteuſe entſtehen könne? Dieſe Frage wurde früher von den Meiſten unbedenklich bejahend beantwortet, wenn auch wohl gezweifelt wurde, welche Verjährungszeit erforderlich, und ob die Erſitzung nach Analogie der Eigenthums- oder der Servitutenerſitzung zu beurtheilen ſei [122]. In neuerer Zeit haben dagegen wieder Mehrere die Möglichkeit einer Entſtehung der Emphyteuſe durch Erſitzung ganz in Abrede geſtellt [123]. Der Hauptfall, um welchen es ſich handelt, iſt der, wenn Jemand bona fide die vom Nichteigenthümer eingeräumte Emphyteuſe die Verjährungszeit hindurch ausgeübt hat. Iſt hier dem Conſtituenten ſelbſt

---

119) So drückt ſich Donellus a. a. O. aus.

120) L. 69. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 65. §. 1. D. de legat. I.

121) Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 112.

122) Vgl. Glück, S. 466 flg., und die dort angeführten Schriftſteller.

123) Vgl. vorzüglich Zimmern in ſeinen und Neuſtetel's römiſchrechtlichen Unterſ. N. 5. S. 127 flg.; Unterholzner, Verjährungslehre, Bd. 2, S. 249—256; Mühlenbruch, doctrina pand. §. 297, not. 7—11; Göſchen, Vorleſungen, Bd. 2, H. 1, S. 300—302.

in derſelben Zeit das Eigenthum durch Erſitzung erworben, ſo iſt dadurch mittelbar auch der Emphyteuta geſchützt. Aber geſetzt, jener war ſelbſt nicht in der Lage, die Sache zu erſitzen, weil er z. B. nicht in bona fide war, oder, bei der ordentlichen Erſitzung, einen iustus titulus nicht nachzuweiſen vermag: kann nun der vermeintliche Emphyteuta auf eigene Hand das Recht der Emphyteuſe erſitzen, ſo daß ihn davon auch der wahre Eigenthümer als ſolchen anerkennen muß? In den Quellen findet ſich darüber gar kein Ausſpruch, weder dafür, noch dagegen [124]). Daß die civilrechtliche Uſucapion hier nicht zur Anwendung kam, iſt freilich ohnehin unzweifelhaft. Alle Analogie aber ſpricht dafür, daß die longi temporis possessio auch in dieſem Falle Schutz gewährte. Sollte nach einem Rechte, das eine Erſitzung des Uſusfructus anerkennt [125]), nicht dieſelbe auch bei der dem Eigenthum ſo viel näher ſtehenden Emphyteuſe ſtatthaben? bei der man zweifeln konnte, ob die Einräumung deſſelben nicht als Alienation der Sache anzuſehen ſei; deren Inhaber zu den Poſſeſſores gerechnet und oft ſo genannt wurden (possessores perpetuarii). Wer die Sache ſelbſt vom Nichteigenthümer gekauft hat, ſoll das Eigenthum erſitzen können, und wer den Uſusfructus ſich hat beſtellen laſſen, den Uſusfructus: welcher innere Grund läßt ſich denken, warum das Recht, welches zwiſchen beiden in der Mitte liegt, nicht ſoll eben ſo erworben werden? Man kann alſo behaupten, daß die in der Praxis von jeher vorherrſchende Meinung, welche eine ſolche Erwerbung annimmt, wenn ſie auch keine ausdrückliche Entſcheidung der Quellen für ſich hat, doch ganz dem Geiſte des neueren römiſchen Rechtes entſprechend eine Lücke

---

124) Nicht hierher gehört L. 12. §. 2. D. de Publ. act. Denn hier wird ein ager vectigalis, alſo eine beſtehende Emphyteuſis, ſchon vorausgeſetzt; ſie kann alſo nicht von der Entſtehung, ſondern nur von der Uebertragung der Emphyteuſe durch Erſitzung verſtanden werden. Auch L. 15. §. 26. D. de damno infecto wird mit Unrecht hierher gezogen von Unterholzner a. a. O. Note 689; vgl. Mühlenbruch, pand. §. 297. not. 11. Zur Erklärung dieſer Stelle ſei noch Folgendes bemerkt: Die missio ex secundo decreto (das possidere iubere) gab dem Immittirten ſofort prätoriſches oder bonitariſches Eigenthum der Sache (a praetore dominus constitutus, iure dominii possidere iussus, L. 15. §. 16. 17. 33. D. l. c. Cf. L. 26. §. 6. D. de noxal. act. (9. 4.) L. 2. §. 1. D. si ex noxali causa. (2. 9.) Unterholzner, im rhein. Muſ. Bd. 1, S. 131. Zimmern, ebendaſ. Bd. 3, S. 319), und nur um das quiritiſche Eigenthum zu erwerben, das der Prätor durch ſein Decret nicht verleihen konnte, bedurfte er noch der Uſucapion, wenn derjenige, gegen welchen er die Immiſſion secundo decreto erwirkt hatte, der wahre Eigenthümer war. Die gegen den Inhaber eines praedium vectigale erwirkte Immiſſion konnte nicht dieſelbe Wirkung haben; es konnte hier nicht das possidere iubere in demſelben Sinne eintreten, ut usucapere possidendo possit; sed decernendum, ut eodem iure esset, quo foret is, qui non caverat. Darnach aber bedurfte es einer Erſitzung nicht mehr; denn weil das Recht an Vectigalgrundſtücken ſelbſt auf dem prätoriſchen Rechte beruhte (Note 27), ſo wurde es auch durch das prätoriſche Decret ſofort vollſtändig auf den Immittirten übertragen post quod decretum vectigali actione uti poterit. Eine beſondere Beſtimmung für Patrimonialgrundſtücke enthält L. 14. Cod. de fund. patrimon.

125) L. 12. in f. Cod. de praescript. longi temp. (7. 33.)

derſelben ausfüllt, die wahrſcheinlich nur zufällig iſt [126]). Auf die Analogie des Pfandrechtes kann man ſich dagegen nicht berufen. Dieſes iſt kein den Inhalt des Eigenthums an ſich beſchränkendes Recht an der Sache; es beſteht weſentlich nur in dem Rechte, den Werth derſelben als Object der Befriedigung für die Forderung in Anſpruch zu nehmen, und deßhalb die Sache zu veräußern. Dieſes weſentliche Recht des Pfandgläubigers aber kann nur einmal durch einen Veräußerungsact ausgeübt werden, wodurch die Sache auf einen Anderen übergeht. Daher iſt es natürlich, daß man hier keine iuris quasi possessio, und ſo auch keine Erſitzung annahm. Bei der Emphyteuſe aber verhält ſich dieſes anders [127]). Will man nun dennoch eine Erſitzung dieſes Rechtes per longum tempus nicht gelten laſſen, ſo ſcheint doch wenigſtens der Erwerb durch dreißig= oder vierzigjährigen Beſitz unumgänglich anerkannt werden zu müſſen. Unleugbar nämlich iſt die Verjährung der Eigenthumsklage auch gegen den als Emphyteuta Beſitzenden möglich. Nun aber verordnet Juſtinian allgemein, wer bona fide beſeſſen habe, ſo lange bis der Eigenthümer exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, ſolle dann auch eine actio ad vindicandam eam rem haben; und da nun auch dem Emphyteuta ſonſt eine utilis rei petitio zuſteht, ſo muß man gewiß auch dem als ſolchen Beſitzenden zugeſtehen, ut simili possit uti praesidio [128]). So lange er übrigens nach vollendeter Verjährung noch im Beſitze iſt, kann er gegen den ſich meldenden wahren Eigenthümer leicht die förmliche Anerkennung der Emphyteuſe erlangen, indem er die Vindication deſſelben durch die Einrede der Verjährung ausſchließt, und dieſen dadurch nöthigt, wenn er nicht auf Alles verzichten will, ihn als Emphyteuta anzunehmen.

Ein anderer Fall iſt es, wenn der wahre Eigenthümer ſelbſt die Emphyteuſe factiſch anerkannt, und der Beſitzer ſich als Emphyteuta gerirt hat, eine rechtlich begründete Entſtehung der Emphyteuſe aber doch nicht nachzuweiſen iſt. Hat der Eigenthümer die Emphyteuſe wirklich auf eine an ſich vollgiltige Weiſe eingeräumt, aber durch Irrthum bewogen, z. B. in irrthümlicher Vorausſetzung einer Verbindlichkeit dazu, ſo iſt das Recht an ſich begründet, und es kann nur angefochten werden, ſo weit dieſes auch ſonſt wegen Irrthums im Beweggrunde ſtatthaft iſt, z. B. unter Umſtänden durch condictio indebiti, welche dann als perſönliche Klage nach den allgemeinen Regeln der Verjährung unterliegt. Iſt aber

---

126) Auch der Erſitzung des Uſusfructus wird ja nur in der einzigen L. 12. cit. namentlich erwähnt, und zwar nur beiläufig: veluti ususfructus et ceterae servitutes; wir denken hinzu: vel ius in agro vectigali.

127) Die Anſicht freilich, nach welcher dem Emphyteuta „nicht Eigenes, weder ein corpus noch ein ius, gehört", und ein Beſitz des emphyteutiſchen Rechtes der Natur der Sache undenkbar iſt, gibt einen unwiderleglichen Beweis, daß Erſitzung nicht ſtattfinden könne: „denn was nicht beſeſſen werden kann, das kann auch nicht erſeſſen werden"; Büchel a. a. O. S. 53, dem hierin auch Vangerow, S. 731, beiſtimmt; und es wäre auch das Erſitzen ſehr unnütz, wenn man dadurch doch nichts Eigenes erlangt. Aber vgl. oben Note 28, 55.

128) So nimmt auch Vangerow a. a. O. an.

ſonſt die Conſtitution des Rechtsverhältniſſes eines inneren Mangels wegen nichtig, der auch nicht durch ſpätere ausdrückliche oder ſtillſchweigende Zuſtimmung gehoben wird, ſo wird die ordentliche Erſitzung regelmäßig eben wegen Mangels eines rechtmäßigen Erwerbgrundes auszuſchließen ſein, die außerordentliche aber eben ſo wie im vorigen Falle eintreten können[128a]).

Ein dritter weſentlich verſchiedener Fall endlich iſt der, wenn der wahre Eigenthümer der Sache ſich als Emphyteuta gerirt und als ſolcher einen Anderen, der das Eigenthum ſich beilegt, die Verjährungszeit hindurch factiſch für den Eigenthümer anerkennt. Hier kann die Erſitzung nicht zunächſt als Entſtehungsgrund des emphyteutiſchen Rechtes in Frage kommen, da für die Entſtehung des Verhältniſſes zwiſchen dem vermeintlichen Emphyteuta und dem vermeintlichen Eigenthümer doch noch ein beſonderer Grund vorausgeſetzt werden muß. Die Frage iſt hier vielmehr die, ob der letztere das Eigenthum durch Erſitzung erwerbe, wodurch nur folgeweiſe auch jenes emphyteutiſche Verhältniß befeſtigt würde, eben ſo wie in dem Falle, wenn der Uſucapionsbeſitzer irgend einem Dritten die Emphyteuſe oder ein anderes Recht an der Sache eingeräumt hat und dann die Erſitzung vollendet[129]). Man hat aber dieſe Frage verneint, weil es hier an der weſentlichſten Vorausſetzung der Erſitzung, nämlich am Beſitze, fehle. Denn ſo wenig wie der Pachter ſeiner eigenen Sache, eben ſo wenig könne derjenige, welcher ſich an eigener Sache die Emphyteuſe beſtellen laſſe, als Stellvertreter im Beſitze für den Anderen angeſehen werden[130]). Allerdings nun iſt es Regel, daß Miethe oder Pachtung ſeiner eigenen Sache nichtig ſei, wie auch Depoſitum, Precarium, Pignus u. ſ. w.[131]), inſofern nicht der Vertrag mit Rückſicht auf den bloßen Beſitz geſchloſſen worden[132]); und es wird dieſe Unverbindlichkeit namentlich auch für den Fall ausgeſprochen, wenn der Miether ſein Eigenthum nicht kannte[133]). Iſt aber deßhalb anzunehmen, daß nun in jedem ſolchen Falle der Vermiether oder Verpachter ſofort den Beſitz verliere? Ein innerer Grund dafür iſt nicht zu erſehen. Zum Daſein des Beſitzes iſt erforderlich animus possidendi und Detention; die letzte kann auch ein Anderer für den juriſtiſchen Beſitzer haben. Beides iſt an ſich nicht nach juriſtiſchen Beſtimmungen zu beurtheilen, als abhängig von einem Rechtsverhältniß, ſondern es muß nur factiſch vorhanden ſein. Dieß iſt aber unleugbar der Fall, wenn der Eigenthümer, unbekannt mit ſeinem Rechte, ſeine eigene Sache als Pachter detinirt, im Namen des Verpachters, den er als Eigenthumsbeſitzer anerkennt. Wem ſollte ſonſt auch der juriſtiſche

---

128a) Vgl. L. 11. Cod. de fundis patrimon.

129) Unterholzner a. a. O. S. 249, 250.

130) Unterholzner, S. 255. Mühlenbruch a. a. O. — Göſchen ſcheint ſogar ſchlechthin jeden Beſitz des Erbverpachters, ſo lange der Erbpachter die Sache hat, zu leugnen, ſo daß die Erſitzung auch unterbrochen würde, wenn der Uſucapionsbeſitzer einem Anderen, als dem Eigenthümer, das Grundſtück zur Emphyteuſe gegeben.

131) L. 45. D. de reg. iur. L. 15. D. depositi. (16. 3.)

132) L. 28. 37. D. de poss. (41. 2.) L. 35. §. 1. L. 37. D. de pign. act. (13. 7.)

133) L. 20. cf. L. 23. Cod. de locato. (4. 65.)

Beſitz hier beigelegt werden? Dem Pachter doch nicht? Denn dieſer hat nicht den animus possidendi [134]). Es ſcheint dem civiliſtiſchen Tacte unerträglich, daß der Pachter, nachdem er 10—20—30 Jahre hindurch ſich ſelbſt als Repräſentanten des Verpachters gerirte, dann noch mit der Behauptung ſolle vortreten können, dieſer habe dennoch nicht beſeſſen, alſo auch nicht erſitzen können. Conſequent müßte dann ja auch daſſelbe behauptet werden, wenn der Pachter die Sache bereits reſtituirt hätte, und nun erſt geltend machte, daß ſie ſeine eigene geweſen ſei. Wird der Eigenthümer, nachdem er alieno nomine zu detiniren angefangen, von ſeinem Eigenthumsrechte, und folgeweiſe der Unverbindlichkeit des Vertrages, unterrichtet, oder erwirbt der Detinent ſpäter erſt das Eigenthum, ſo kann er nun freilich in eigenem Namen den Beſitz fortſetzen; aber es würde doch auch dazu einer äußerlichen Bethätigung ſeiner veränderten Willensrichtung bedürfen, und z. B. wahrer Beſitz des Pachters nicht anzunehmen ſein, ſo lange derſelbe factiſch den Verpachter noch immer als Beſitzer anerkennt und den Pachtzins ihm entrichtet [135]). Allein L. 21. D. de usucap. ſagt doch ſehr beſtimmt: wenn der pro herede possidens das Grundſtück dem Eigenthümer verpachte, ſo ſei nicht nur der Vertrag ungiltig, ſondern es folge auch daraus, ut re possessionem quidem locator retinuerit; ideoque longi temporis praescriptio non durabit? Doch darf man hier wohl die Vorausſetzung hinzudenken, daß dem Contrahenten das Eigenthum des Pachters bekannt geweſen, und jedenfalls, daß es vor Vollendung der Erſitzung geltend gemacht worden. Schwieriger ſind L. 33. §. 5. D. eod. und L. 29. D. de pignerat. act. Sie beziehen ſich auf die Erſitzung einer zu Pfand gegebenen Sache. Die erſte ſagt: es werde die angefangene Uſucapion unterbrochen, wenn der Uſucapionsbeſitzer die Sache dem, wenn auch ſeines Eigenthums unkundigen, Eigenthümer zum Fauſtpfand übergebe: quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere. Die andere ſpricht daſſelbe aus für den Fall, daß der Fauſtpfandgläubiger ſpäterhin das Eigenthum der verpfändeten Sache erwerbe. Enthalten dieſe Stellen nur die Anwendung einer allgemeinen Regel für alle Fälle, in denen nach L. 45. D. de reg. iur. ein Vertrag ungiltig iſt, ſo muß das, was oben aus der Natur der Sache iſt abgeleitet worden, unbedingt aufgegeben werden. Aber in Anſehung des Fauſtpfandes gilt das Beſondere, daß der Pfandgläubiger den ausſchließlichen juriſtiſchen Beſitz der Sache hat, und nur in Rückſicht der Uſucapion, nicht minder zum

---

134) Es iſt auch hier vollkommen anwendbar, was L. 37. cit. ſagt: Per locationem retineo possessionem ... quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. Wenn man den Beſitz durch Repräſentanten für einen blos fingirten Beſitz hält, wie Schmidt in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 14, S. 44, ſo iſt freilich begreiflich, daß er nicht anerkannt wird, wo die Repräſentation auf einem ungiltigen Rechtsgeſchäft beruht. Aber von jener Fiction findet ſich ſonſt keine Spur.

135) Und es wäre dann auch noch die Frage, ob er nicht auf Verlangen vorerſt unbedingt den Beſitz reſtituiren müßte, um dann ſein Eigenthum geltend zu machen; L. 25. Cod. de locato; worüber freilich die Meinungen verſchieden ſind. Puchta, Lehrb. §. 353, Note i, §. 296, Note m. — Thon, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 1, S. 24. Schmidt a. a. O.

Vortheil des Pfandgläubigers als des Verpfänders, der Beſitz des letzten als fortdauernd angenommen wird. Wenn nun dieſe Wirkung nicht anerkannt wird, wo die Sache dem vermeintlichen Pfandbeſitzer ſelbſt gehört, ſo möchte man davon nicht ohne Weiteres gleiche Anwendung auf ſolche Fälle machen dürfen, wo, wie bei einem Miethvertrag, der Detinent wirklich ſich nur als Repräſentanten des Anderen betrachtet. Gleichwohl wäre die Analogie für unſere Frage bedeutend, wenn dem Emphyteuta, wie dem Pfandgläubiger, ausſchließliche corporis possessio beizulegen wäre. Da dieſes aber ungegründet iſt, ſo fällt auch dieſes Argument weg. Vielmehr iſt unſer Fall demjenigen zu vergleichen, wenn der Uſucapionsbeſitzer dem wahren Eigenthümer den Uſusfructus eingeräumt und aus dieſem Grunde die Detention der Sache überlaſſen hat; und wer nicht glaubt, daß dadurch die Uſucapion unterbrochen werde, der kann auch nicht annehmen, daß die Einräumung der Emphyteuſe an den Eigenthümer dieſe Wirkung habe[136]).

So viel von den Gründen der Entſtehung der Emphyteuſe. Von der Uebertragung einer beſtehenden Emphyteuſe auf einen Anderen iſt ſchon oben gelegentlich geſprochen worden. Es iſt hier aber noch die Frage zu unterſuchen, ob dieſelbe auch durch Verjährung von Einem auf den Anderen übergehen könne. Auch dieſes iſt in den Quellen nicht ausgeſprochen. Dieſe deuten vielmehr an, daß praedia vectigalia nicht uſucapirt werden können[137]). Aber eben die Stelle, welche dieſes ausſpricht, berechtigt zu der Annahme, daß doch longi temporis praescriptio in dieſer Beziehung anerkannt war, da eine analoge Anwendung der Publiciana actio, welcher die Fiction der Uſucapion zum Grunde lag, auf einen Fall, in welchem nicht eine der Uſucapion analoge Erſitzung eintreten konnte, ſehr unwahrſcheinlich iſt, die blos beiläufige Verneinung der usucapio bei Vectigalgrundſtücken aber nach dem von den Juſtinianiſchen Compilatoren angenommenen Sprachgebrauche gegen die Zuläſſigkeit der longo tempore capio kein ſehr gewichtiges Bedenken erregen kann[138]). Nimmt man

---

136) Ein bedeutendes Argument für die Richtigkeit der hier vertheidigten Anſicht gibt auch L. 20. Cod. de agricolis. (11. 47.) Darnach ſoll der Zweifel darüber, utrum is terrae dominus est necne, an ipsi coloni dominium terrae suae possident, durch longi temporis praescriptio ausgeſchloſſen werden, wenn die Beſitzer ſo lange als Colonen dem Herrn die entſprechenden Leiſtungen gezollt haben, d. h. alſo, es ſoll dieſem, wenn er es auch früher nicht hatte, das Eigenthum der Grundſtücke erworben ſein, deren Beſitz doch nur die Eigenthümer ſelbſt für ihn ausgeübt hatten. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 730, Anm. 1. Wening-Ingenheim (5. Ausg.), Bd. 2, §. 113, Note q.

137) L. 12. §. 2. D. de Publ. act. (6. 2.)

138) Es iſt ſchon von Anderen bemerkt worden, daß in den Worten der L. 12. §. 2. cit.: In vectigalibus vel in aliis praediis, quae usucapi non possunt, wahrſcheinlich eine Interpolation enthalten ſei, wodurch die Erwähnung der praedia provincialia ausgemerzt worden, die auch nicht uſucapirt werden konnten, bei denen aber gerade die longi temporis praescriptio vorzüglich zur Anwendung kam. Bekannt iſt auch, daß in der Juſtinianiſchen Compilation die Bezeichnung usucapio in Beziehung auf unbewegliche Sachen abſichtlich vermieden und dafür longo tempore capio geſetzt worden iſt, ſo daß man die Worte quae usucapi non possunt, leicht einmal ſtehen laſſen konnte, ohne die Abſicht,

eine conſtitutive Erſitzung der Emphyteuſe an, ſo nöthigt ſchon die Conſequenz, da es ſich hier von einem veräußerlichen Rechte handelt, zur Anerkennung auch der Möglichkeit einer translativen Erſitzung derſelben. Durch Uebertragung einer ſchon beſtehenden Emphyteuſe kann man ja eben ſo vollkommen das emphyteutiſche Recht erworben zu haben glauben, wie durch Einräumung vom Eigenthümer, und es wäre eine ſehr auffallende Inconſequenz, wenn ein ſolchergeſtalt rechtmäßig entſtandener Beſitz des Rechtes zwar gegen den Eigenthümer die Wirkung der Erſitzung haben ſollte, nicht aber gegen den bisherigen Emphyteuta. Wer nun auch hier die ordentliche Erſitzung nicht ſtatthaft findet, der muß doch wenigſtens die außerordentliche Erſitzung auch in dieſer Beziehung als möglich zugeben [139]).

Endlich ſind nun noch die Gründe der Aufhebung des emphyteutiſchen Rechtes anzugeben. Von ſelbſt verſteht ſich, daß daſſelbe aufgehoben werde durch gänzlichen Untergang des Gegenſtandes [140]), durch Confuſion, durch Reſciſſion der Entſtehung des emphyteutiſchen Rechtes oder des Erwerbes des Conſtituenten, durch Vertrag zwiſchen dem Emphyteuta und dem Eigenthümer. Zweifelhaft iſt es, ob auch durch einſeitiges Aufgeben des Emphyteuta (Dereliction)? Dieß wird von Vielen aus dem Grunde gänzlich verworfen, weil mit der Emphyteuſe ein gegenſeitiges obligatoriſches Verhältniß verbunden ſei, welches nicht einſeitig von einem Theile aufgelöſt werden könne [141]). Die in der Praxis, wie es ſcheint [142]), vorherrſchende Meinung iſt aber, daß Dereliction dem Emphyteuta allerdings geſtattet ſei, und dieſe Anſicht hat auch gute theoretiſche Gründe für ſich. Als das Charakteriſtiſche bei der Einräumung der Emphyteuſe wird nur bezeichnet, daß dem Pachter und deſſen Nachfolgern das Grundſtück nicht entzogen werden ſolle, ſo lange der Canon gezahlt wird, und dadurch wird angedeutet, daß hier nicht die Zahlung des letzten als eine prinzipale gegenſeitige Verbindlichkeit gedacht wird, wie bei dem gewöhnlichen Pachtverhältniß [143]). Auch beweiſt die Möglichkeit, dem Eigenthümer durch Veräußerung ſelbſt gegen ſeinen Willen einen anderen Emphyteuta zu ſubſtituiren, daß hier die Contractsverbindlichkeit auf Seiten des Emphyteuta eine viel freiere Natur und eine mehr nur ſecundäre Bedeutung hat. Es wäre auch eine harte Beſtimmung, daß theilweiſer Unter-

---

dadurch auch die longi temporis praescriptio in Abrede zu ſtellen. So wird auch die usucapio der Servituten verneint; ja in einer Stelle (L. 10. §. 1. D. de usucap.) ſogar auch in Beziehung auf ſie mit der geläufigen Interpolation für usucapi geſagt: ut per se longo tempore capi non possint; während es doch unzweifelhaft iſt, daß ſie longo tempore, longa quasi possessione quaeruntur. L. 2. Cod. de servitut. L. 10. pr. D. si servit. vind.

139) Dieß geſchieht hier ſelbſt von Unterholzner a. a. O. S. 257, der eine begründende Verjährung gar nicht anerkennt.

140) L. 1. Cod. h. t.

141) Thibaut, §. 780, Note u. Göſchen, Vorleſ. Bd. 2, H. 1, S. 304. Vgl. die bei Glück, S. 530, allegirten Schriftſteller.

142) Nach Glück, S. 532 (Note 9).

143) Vgl. oben Note 3.

gang des Gegenſtandes nimmermehr eine Verminderung in den Verpflichtungen des Emphyteuta bewirken ſoll, wenn dieſer ſich nicht durch Dereliction ſeines Rechtes den Verpflichtungen entziehen könnte [144]. Natürlich aber kann er den ſchon entſtandenen ſpeciellen Verbindlichkeiten, ſei es in Anſehung rückſtändigen Canons oder in Betreff der Deterioration der Sache, nicht entgehen, wenn er auch derelinquiren will. Streitig iſt auch, wie fern durch Verjährung die Emphyteuſe erlöſchen könne? Natürlich muß dadurch das Recht der Emphyteuſe dem bisherigen Emphyteuta entzogen werden, inſofern eine Erſitzung deſſelben von Seiten eines Anderen ſtattgefunden hat; und wenn etwa der Emphyteuta ſelbſt das Eigenthum durch Erſitzung erworben hat, was ohne Zweifel möglich iſt, wenn er als vermeintlicher Eigenthümer beſaß, ſo muß die Emphyteuſe durch Confuſion erlöſchen [145]. Gewiß iſt es auch, daß die allgemeine Klagenverjährung auf die Klage zur Geltendmachung des emphyteutiſchen Rechtes Anwendung findet; und da nach Juſtinianiſchem Rechte der Beſitzer in gutem Glauben (welchem nach heutigem Rechte allein die Verjährung der Klage zu ſtatten kommt), nachdem er einmal die Einrede der dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung erlangt hat, auch eine actio ad vindicandam rem haben ſoll, und kein Grund zu erſehen iſt, warum nicht dieſe Vindication auch gegen den Emphyteuta eben ſo gut wie gegen den Eigenthümer ſtatthaben ſollte, ſo wird durch jene Verjährung in der That auch das Recht der Emphyteuſe aufgehoben [146]. Aber mit gutem Fug geht die herrſchende Meinung noch weiter und nimmt an, daß auch durch die ordentliche Erſitzung des Eigenthums per longum tempus der Erſitzende eben ſo gegen die Emphyteuſe wie gegen das Pfandrecht eines Anderen geſichert werde, natürlich unter der Vorausſetzung, daß er ſich auch in Beziehung auf die Emphyteuſe in bona fide befunden und die Sache als vermeintlich unbeſchränkter Eigenthümer beſeſſen habe [147]. Räumt man aber dem fremden Beſitzer eine Erſitzung mit ſolcher Wirkung ein, ſo kann man ohne Inconſequenz nicht dem wahren Eigenthumserwerber, der das volle unbeſchränkte Eigenthum erworben zu haben glaubt und die

---

144) Vgl. oben Note 75—81. Buri, S. 222—230. Unterholzner, Schuldverhältniſſe, Bd. 2, S. 364, 365. Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 218. Puchta, Lehrb. §. 173. Etwas Beſonderes gilt freilich in Anſehung der kaiſerlichen Erbpachtgüter. L. 3. Cod. de fund. patrimon. Aber für dieſe mußte auch Caution geleiſtet werden bei der Uebernahme, L. 7. Cod. ibid., und dieſe Verſicherungsſumme mußte dann freilich der Derelinquent einbüßen. Unterholzner a. a. O. Note e. Wenn man mit Mühlenbruch (pand. §. 297, not. 15) die Dereliction blos als tacita remissio iuris gelten läßt, ſo kann man nicht, wie er gleichwohl es thut, die L. 3. cit. als Ausnahme anführen. Die Frage iſt nur, ob wider Willen des Eigenthümers das emphyteutiſche Verhältniß aufgelöſt werden könne.

145) Vangerow, Pand. Bd. 1, S. 732. Mit Unrecht nimmt Glück, S. 548, hier nur eine dreißig- oder vierzigjährige Erſitzung als möglich an.

146) Verkannt wird dieſe Conſequenz von Göſchen, S. 305.

147) Unterholzner a. a. O. S. 259, Nr. 1. Puchta, §. 173. Vangerow a. a. O. Wening-Ingenheim, §. 117, Note w, führt mit Unrecht Unterholzner als Diſſentienten an. — Vgl. übrigens L. 2. Cod. ne rei dom. (7. 38.)

Erſitzungszeit hindurch ausgeübt hat, gleichen Schutz abſprechen. Es wäre wahrlich abſurd, wenn derjenige, der vom wahren Eigenthümer die Sache erwirbt und deßhalb in Anſehung des Eigenthums der Erſitzung nicht mehr bedarf, von dem Rechte des Emphyteuta aber nichts weiß, weniger geſichert ſein ſollte, als derjenige, welcher ſonſt in gleicher Lage mit ihm ſich befindet, aber vom Nichteigenthümer erworben hat und deßhalb noch erſt das Eigenthum erſitzen muß. Eine andere Frage aber iſt es, ob der Conſtituent der Emphyteuſe oder deſſen Univerſalſucceſſor die Freiheit von der Emphyteuſe durch Erſitzung erwerben könne? Dieſer wird ſich allerdings nur durch die dreißig- oder vierzigjährige Verjährung gegen den Emphyteuta ſchützen können [148]).

Nach der Natur der Sache muß ferner die Emphyteuſe auch erlöſchen, wenn der Emphyteuta ſtirbt und keine Erben hinterläßt, welche in das emphyteutiſche Rechtsverhältniß ſuccediren können [149]). Außerdem endlich kann der Emphyteuta aus verſchiedenen Gründen zur Strafe ſeines Rechtes verluſtig werden, nämlich 1) wenn er das emphyteutiſche Grundſtück deteriorirt [150]). Dieß iſt zwar in den Geſetzen nur in Beziehung auf kirchliche Emphyteuſen ausdrücklich ausgeſprochen; es wird aber nach der in der Praxis angenommenen Anſicht auch auf andere angewendet. 2) Wenn er drei Jahre nach einander, oder bei kirchlichen Emphyteuſen nur zwei Jahre, mit Zahlung des Canons im Rückſtande geblieben iſt. Es kommt dabei nicht auf die gewöhnlichen Vorausſetzungen einer mora in solvendo an; der Emphyteuta ſoll unaufgefordert zur gehörigen Zeit den Canon entrichten. Wenn der Eigenthümer ſich weigert, die Zahlung anzunehmen, ſo kann jener ſich durch gerichtliche Depoſition des zu Zahlenden gegen die Gefahr der Privation ſicher ſtellen [151]). Auch genügt es nicht, um dieſe Gefahr abzuwenden, daß jährlich wenigſtens ein Theil des Canons gezahlt worden iſt, ſondern, wenn nur für drei nach einander folgende Jahre nicht der ganze Canon gezahlt worden iſt, ſo iſt der Privationsfall eingetreten. Die abweichenden Meinungen mancher Rechtsgelehrten über dieſen Punkt beruhen auf der ungegründeten Annahme, daß der Canon nur in recognitionem dominii gegeben werde, welche auch ſchon in der Zahlung eines Theiles des Canons ſich ausſpreche, und ſind ſelbſt unter dieſer Vorausſetzung nicht einmal zu rechtfertigen [152]). Freilich aber, wenn der Emphyteuta im Verlauf von drei Jahren durch Theilzahlungen den ganzen Canon auch nur eines Jahres abgetragen hat, ſo kann man ihm nicht mehr einen dreijährigen Rückſtand Schuld geben. Daraus übrigens, daß der ganze Canon gezahlt werden muß, ergibt ſich von ſelbſt eine Art von ſolidariſcher Haftung derjenigen, welchen eine ungetheilte Emphyteuſe gemeinſchaftlich zuſteht, z. B. mehrerer Erben des urſprüng-

---

148) Nur mit dieſer Beſchränkung kann man der Bemerkung von Wening-Ingenheim a. a. O. Note y beiſtimmen.

149) Arg. Nov. 7. cap. 3. Vgl. Glück, S. 522 flg.

150) Nov. 120 cap. 8.

151) L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 8. cf. L. 54. §. 1. L. 56. D. locati. (19. 2.)

152) Glück, S. 429—432.

lichen Emphyteuta. Obwohl unter dieſen die perſönliche Verbindlichkeit zur Zahlung des Canons pro portionibus hereditariis getheilt iſt, ſo hat doch der dominus emphyteuseos das Recht, die ganze Emphyteuſis einzuziehen, wenn auch nur durch die Nichtzahlung eines derſelben ein dreijähriger Rückſtand des Canons eingetreten iſt, vorausgeſetzt, daß nicht der Eigenthümer eine reelle Theilung unter den Miterben anerkannt hat. Um jener Gefahr zuvorzukommen, müſſen alſo Alle darauf bedacht ſein, daß der ganze Canon gehörig entrichtet werde [153]). Ungegründet aber iſt es, wenn man die Verbindlichkeit mehrerer Theilnehmer ſchlechthin eine ſolidariſche genannt hat [154]), woraus folgen würde, daß auch die emphyteuticaria actio auf Zahlung der jährlich fälligen Abgabe gegen jeden in solidum ſtattfinde, während nur die wegen dreijährigen Rückſtandes eintretende Privation in solidum geht [155]). Die Meinung, daß der Canon nicht durch Compenſation getilgt werden könne [156]), beruht ebenfalls lediglich auf der falſchen Vorſtellung, er werde in recognitionem dominii gegeben, iſt alſo zu verwerfen. 3) Wenn er in Entrichtung der öffentlichen Abgaben drei Jahre lang ſäumig geweſen iſt; in welcher Beziehung auch bei kirchlichen Emphyteuſen keine kürzere Friſt geſetzt iſt [157]). Das Geſetz verlangt ſogar die Einhändigung der Quittungen über die gezahlten Steuern. Doch aber iſt dieſes wohl nicht ſo ſtreng zu nehmen, daß die Unterlaſſung dieſer Einhändigung bei wirklicher und gegen weitere Anforderung ſicher ſtellender Zahlung ſchon genügenden Grund zur Privation enthalte. 4) Wenn den geſetzlichen Vorſchriften in Betreff der Veräußerung des emphyteutiſchen Rechtes an einen Anderen zuwidergehandelt iſt; es ſei nun, daß der beabſichtigte Verkauf gar nicht oder nicht redlich, und insbeſondere mit Angabe des wahren Preiſes, angezeigt worden, um dem Herrn zur Ausübung ſeines Vorkaufsrechtes Anlaß zu geben, oder daß bei irgend einer anderen Veräußerung das Geſuch um Annahme des neuen Emphyteuta unterlaſſen und dieſer ohne Weiteres in den Beſitz geſetzt worden iſt [158]). Daß nun, wo ein

---

153) Es iſt hier die Analogie des Pfandrechtes anwendbar. L. 2. Cod. si unus ex plur. hered. (8. 32.) Aber die Emphyteuſe haftet nicht etwa blos als Pfand für den Canon; ſondern wenn die Privation wegen Nichtzahlung deſſelben vollzogen wird, ſo werden dadurch die vom Emphyteuta ſonſt beſtellten Pfandrechte ſchlechthin aufgehoben; daher ſind die Pfandgläubiger weſentlich dabei intereſſirt, daß der Canon richtig gezahlt werde. L. 31. D. de pignor. (not. 45.)

154) Thibaut, Syſtem, §. 778. Wening-Ingenheim, Bd. 2, §. 109 a. E. — L. 7. pr. D. communi div. beweiſt es nicht. Vgl. oben Note 47.

155) Unterholzner a. a. O. S. 369.

156) Glück, S. 440.

157) L. 2. Cod. cit.: Si per totum triennium neque pecunias (d. i. den Canon) solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit. Das neque-neque hat auch ſchon die Meinung veranlaßt, es werde zur Privation bei weltlichen Emphyteuſen die Nichtzahlung ſowohl des Canons als der öffentlichen Abgaben vorausgeſetzt. Lang, Inſtitut. §. 194. Aber vgl. im Anfang der Conſtitution die Worte: si solitam pensionem vel publicarum functionum etc., und Nov. 7. cap. 3. §. 2, wo für kirchliche Emphyteuſen offenbar nur in Rückſicht der Zeit etwas Beſonderes feſtgeſetzt werden ſoll.

158) L. 3. Cod. h. t. Vgl. Note 84—98.

ſolcher Privationsgrund eingetreten iſt, der Eigenthümer nicht eigenmächtig den Emphyteuta aus dem Beſitz ſetzen könne, verſteht ſich nach allgemeinen Grundſätzen von ſelbſt, zumal da auch die Frage ſelbſt, ob jenes der Fall ſei, ſehr ſtreitig ſein kann. Der Eigenthümer muß alſo auf Entſetzung des weigernden Emphyteuta klagen (ſogen. Privationsklage), ſei es mit der Klage aus dem emphyteutiſchen Contracte, oder auch mit der Eigenthumsklage. Auch dieſe letzte iſt zuläſſig[158a]); denn nicht erſt durch den Richterſpruch wird dem Emphyteuta ſein Recht entzogen, ſondern er verliert es unmittelbar in Folge ſeines rechtswidrigen Verhaltens, und der Richter entſcheidet nur darüber, ob dieſer Fall eingetreten ſei. Der Emphyteuta kann daher auch die Privation nicht mehr abwenden, nachdem der geſetzliche Grund derſelben einmal eingetreten, wenn gleich er hinterher ſich noch beeilt, ſeinen Verpflichtungen zu genügen. Nach canoniſchem Rechte kann man jedoch nicht umhin, anzuerkennen, daß durch nachträgliche Zahlung des Canons (und ſo wohl auch der öffentlichen Abgaben), bevor der Eigenthümer ſeinen Willen, die Privation auszuüben, ausgeſprochen hat, dieſe noch abgewandt werde[159]). Jedenfalls wird dieſelbe nicht ohne den Willen des Herrn vollzogen; und wenn daher dieſer noch für ſpätere Zeit nach bereits eingetretenem Privationsgrunde die Zahlung des Canons ohne Widerrede angenommen hat, ſo liegt darin eine ſtillſchweigende Verzichtleiſtung auf das entſtandene Privationsrecht und Einwilligung in die Fortdauer des emphyteutiſchen Verhältniſſes. Nicht aber läßt ſich daſſelbe auch für den Fall behaupten, wenn er nur den rückſtändigen Canon ohne Vorbehalt angenommen hat; denn auf deſſen Zahlung hat er unter allen Umſtänden ein Recht, auch wenn er die Privation durchſetzt[160]).

Auf welche Weiſe auch die Emphyteuſe ſich enden möge, ſo iſt der geweſene Emphyteuta oder deſſen Erbe immer verpflichtet zur Entrichtung des noch rückſtändigen Canons und der fällig gewordenen öffentlichen Abgaben, zur Reſtitution der Sache, ſofern ſie noch exiſtirt, zum Erſatz für deren verſchuldete Deterioration, und zum Erſatz der Früchte, ſo weit er die Sache länger, als ihm gebührte, behalten und dem Eigenthümer den

---

158a) Vgl. Nov. 7. cap. 3. §. 2, nach Hombergk's Ueberſetzung.

159) Cap. 4. X. de locat. conduct. (3. 18.): Emphyteuta quoque ... cessando in solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, iuste potuisset expelli. Man kann dagegen nicht einwenden, daß dieſe Stelle ſich nur auf kirchliche Emphyteuſen beziehe; denn es ſoll darin offenbar nur eine allgemeine Regel angewandt werden. Man kann auch nicht ſagen, es werde hier vorausgeſetzt, daß der Eigenthümer, durch die nachträgliche Zahlung zufrieden geſtellt, auf die Privation verzichtet habe. Denn das argumentum a contrario führt nothwendig zu dem Schluſſe: non potuisset expelli, si celeri satisfactione sibi consulere studuisset. Es kann aber auch, nach den Worten celeri satisfactione, nicht behauptet werden, daß bis zur Anſtellung der Privationsklage die Mora noch purgirt werden könne. Vergl. über die verſchiedenen Anſichten Glück, S. 438.

160) Nov. 120. cap. 8: Et quae debentur solum pro praecedente tempore ... exigere, et eiicere de emphyteusi. Vergl. Buri, S. 238 flg. Glück, S. 432 flg.

Fruchtgenuß entzogen hat. Wiefern er dagegen Erſatz für Verwendungen auf die Sache fordern könne, darüber ſind die Meinungen wieder ſchwankend. Für den Fall der Privation, wenigſtens wegen Nichtzahlung des Canons und der öffentlichen Abgaben, und bei kirchlichen Emphyteuſen auch wegen Deterioration, wenn in dieſem Falle überhaupt die Rede davon ſein kann, beſtimmt das Geſetz ausdrücklich, daß er keinen Erſatz der Meliorationen fordern könne[161]), und dieſes entſpricht auch der Natur des Verhältniſſes ſo wohl, daß man ſich über die in der Praxis hierin befolgte Milderung wundern muß; denn ſonſt könnte ja der Emphyteuta durch rechtswidriges Benehmen den Eigenthümer gewiſſermaßen zwingen, die Sache gegen Vergütung ſeiner Meliorationen wieder an ſich zu nehmen. Offenbar unzuläſſig iſt ein ſolcher Anſpruch auch dann, wenn der Emphyteuta die Emphyteuſe derelinquirt. In anderen Fällen aber erſcheint jene Gegenforderung allerdings der Billigkeit gemäß, inſofern der Emphyteuta Verwendungen zum wirklichen Vortheil der Sache gemacht hat, welche über ſeine Verpflichtungen hinausgingen.

Bisher ſind die Grundſätze dargeſtellt worden, welche der Regel nach bei Beurtheilung des emphyteutiſchen Rechtsverhältniſſes zu befolgen ſind. Zum Schluß iſt nun noch die Frage zu beantworten, welche Aenderungen darin durch beſondere Feſtſetzung bewirkt werden können. Im Allgemeinen iſt die Zuläſſigkeit von beſonderen Verabredungen (**pactiones**) hierbei in weiteſter Ausdehnung anerkannt[162]). Es kann, ohne daß das Verhältniß aufhört, Emphyteuſe zu ſein, die Pachtung auf eine beſtimmte Zeit beſchränkt werden, nach deren Ablauf ſie dann von ſelbſt erliſcht[163]); es kann auch die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit ausgeſchloſſen oder beſchränkt werden, ſei es in Rückſicht der Perſonen, an welche, ſei es in Rückſicht anderer Vorausſetzungen, unter welchen ſie ſtatthaben ſolle[164]); es kann auch insbeſondere die Abgabe für die Annahme eines neuen Emphyteuta zum Vortheil des Eigenthümers höher, als das Geſetz ſie beſtimmt, geſtellt werden[165]); und ſo können noch andere Beſtimmungen, den Vortheil des Eigenthümers bezweckend, getroffen werden. Auf der anderen Seite aber können auch die mannigfaltigſten Abweichungen von der Regel zum Vortheil des Erbpachters beliebt werden: er kann z. B. befreit werden von den geſetzlichen Beſchränkungen und Verpflichtungen in Betreff der Veräußerung ſeines Rechtes, namentlich auch von der Nothwendigkeit, die Quinquageſima zu zahlen[166]); er kann mehr begünſtigt

---

161) **L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. 120. l. c.**

162) **L. 1. Cod. h. t. §. 3. J. de locat.**

163) **L. 3. D. h. t. Nov. 7. cap. 3.** Ueber das Maß der Zeit wird nichts beſtimmt.

164) **L. 3. Cod. h. t. Nov. 7. cit.**

165) **L. 3. Cod. tit.** ſagt zwar: **non amplius eis liceat nisi quinquagesimam partem accipere.** Aber die ganze Verordnung beabſichtigt nur feſtzuſetzen, was gelten ſolle, **sin nulla pactio interposita vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est.** Unterholzner, Schuldverhältniſſe, S. 367, Note f. Ueber die Frage, ob durch unvordenkliche Verjährung das Recht auf ein höheres Laudemium geſichert werden könne, vgl. Buri, S. 193.

166) **L. 3. Cod. cit.**

werden in Betreff des periculum rei [167]), oder in Betreff der Privationsgründe; ja es kann die Privation ganz ausgeſchloſſen werden [168]) u. ſ. w. Aber die Entrichtung eines Pachtzinſes, wie gering er auch ſei, für die mit dinglichem Rechte überlaſſene Benutzung des Grundſtückes, muß jedenfalls feſtgeſetzt ſein, wenn das Verhältniß überhaupt noch auf den Namen der Emphyteuſe Anſpruch haben ſoll. Arndts.

Enterbung [1]) iſt die vom Teſtator abſichtlich erklärte Ausſchließung einer Perſon von der Erbfolge, auf welche dieſelbe ſonſt Anſpruch machen könnte. Exheres esto war den Römern der übliche Ausdruck dafür; daher exheredatio, das Gegentheil der Erbeinſetzung heres esto. Indem aber der Begriff nur auf die Erbfolge im eigentlichen Sinne bezogen wird, ſo verträgt ſich damit wohl die Zuwendung von Vermögensvortheilen durch Vermächtniß [2]). Verſchieden von der Enterbung iſt die Uebergehung, Präterition, d. i. ſtillſchweigende Ausſchließung durch Nichteinſetzung einer Perſon, während andere Perſonen zu Erben eingeſetzt werden. Die Unterſcheidung beider Begriffe hat jedoch nur inſofern Bedeutung, als gewiſſe Perſonen nicht übergangen werden dürfen, ſondern ausdrücklich ausgeſchloſſen werden müſſen, wenn ſie nicht zur Erbfolge gelangen ſollen. Und nur in Beziehung auf ſolche Perſonen iſt von Enterbung im wahren Sinne die Rede; bei anderen iſt die ausdrückliche Erklärung, daß ſie keinen Theil an der Erbſchaft haben ſollen, überflüſſig, da die bloße Uebergehung eben ſo viel wirkt [3]).

Doch bedienten ſich die Römer der Formel exheres esto auch um einem eingeſetzten Erben die durch dieſe Einſetzung gegebene Ausſicht auf die Erbſchaft unter beſtimmten Vorausſetzungen wieder zu nehmen, und ſprachen daher auch in dieſer Beziehung von exheredatio, obwohl dieß im Erfolg daſſelbe war, als ob der Erbeinſetzung die entgegengeſetzte Bedingung hinzugefügt wäre. So war es nach älterem Rechte bei der Einſetzung cum cretione üblich, ausdrücklich hinzuzuſetzen: quodni ita creveris, exheres esto [4]), und dieß hatte eine ſtärkere Wirkung, als die cretio sine exheredatione data; denn im letzten Falle war der Eingeſetzte nicht von der Erbſchaft ausgeſchloſſen, wenn gleich er nicht der Vor-

167) L. 1. Cod. h. t.

168) L. 2. Cod. h. t. Der Emphyteuta kann für den Fall der Nichterfüllung ſeiner Verbindlichkeiten noch eine beſondere Conventionalſtrafe verſprochen haben; aber daraus folgt noch nicht, daß der Herr auf das geſetzliche Privationsrecht verzichten wolle. Darauf ſind wohl in L. 2. cit. die Worte nulla... vel poena opponenda zu beziehen. Glück, S. 424.

1) Inst. de exheredatione liberorum. (2. 13.) Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Cod. de liberis praeteritis et exheredatis. (6. 28.) De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. (6. 29.)

2) §. 1. in f. J. h. t. Ulp. XXII. 21. L. 12. D. de inoff. test. (5. 2.)

3) L. 132. pr. D. de V. O. (45. 1.): Exheredationem vel emancipationem, res in extraneo ineptas.

4) Cai. II. 165. 174. Ulp. XXII. 27. 33.

ſchrift gemäß cernendo hereditatem adibat, ſondern der ihm für dieſen Fall Subſtituirte trat nur als bedingt eingeſetzter Miterbe neben ihn[5]). Ein gleicher Gebrauch in anderer Anwendung findet ſich auch noch in einigen Stellen des Juſtinianiſchen Rechtes[6]), bei welchen die Annahme, daß die inſtituirten und auf einen gewiſſen Fall wieder exheredirten Perſonen Hauskinder ſeien[7]), ganz ungegründet und unzuläſſig iſt; denn es iſt darin von aditio hereditatis die Rede, und dieſes weiſt geradezu auf extranei heredes hin, zumal in der einen Stelle, in welcher wegen Ungiltigkeit der conditio fraudis causa adscripta die Erbeinſetzung als unbedingte behandelt wird[8]). Aber auch um ſchlechthin, ohne beſondere Vorausſetzung, eine vorhergehende Erbeinſetzung in demſelben Teſtamente zurückzunehmen, gebrauchte man die Exheredationsformel, und wenigſtens im Soldatenteſtament wurde dadurch die Erbeinſetzung auch wirklich vernichtet[9]). In derſelben Stelle aber, welche dieſes ausſpricht, hat man freilich den Beweis finden wollen, daß in anderen, als Soldatenteſtamenten, jene exheredatio überall unwirkſam ſei und ungeachtet derſelben die Einſetzung beſtehen bleibe[10]). Allein, wenn man die bewährte Lesart des Schlußſatzes dieſer Stelle zum Grunde legt[11]), ſo kann man jenen Beweis nur mittelſt einer ſehr unbefriedigenden Erklärung darin finden[12]).

---

5) Cai. l. c. §. 177. 178. Ulp. §. 34. Im ſpäteren Rechte iſt dieſe cretionum scrupulosa solennitas aufgegeben. L. 17. Cod. de iure delib. (6. 30.)

6) L. 44. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 41. §. 8. D. de legat. III. L. 27. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

7) So Mühlenbruch in der Fortſ. von Glück's Erläuter. der Pand. Bd. 36, S. 402.

8) L. 27. cit.: Perinde adire posse, ac si ea conditio ... adscripta non esset. Auch L. 44. cit. gibt gar keine Veranlaſſung, an Hauskinder zu denken, da es nach Note 4, 5, gewiß iſt, daß eine exheredatio in dieſer Bedeutung auch bei eingeſetzten fremden Erben üblich war.

9) L. 17. §. 2. D. de test. milit. (29. 1.) Es konnte hierbei ſchon nach älterem Rechte auf die Exheredationsform nicht einmal ankommen, da in Soldatenteſtamenten überall die klare Abſicht ohne Rückſicht auf Form entſcheiden ſoll.

10) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 403.

11) Quum in paganorum testamento sola hereditas exheredatione adimi non possit. Mühlenbruch ſchreibt freilich: sola exheredatione hereditas, und macht S. 405, Note 99a, gegen die Beziehung des Wörtchens sola auf hereditas die mißbilligende Bemerkung: „der ganze Zuſammenhang bietet doch wahrlich nicht die geringſte Veranlaſſung, dem Juriſten eine ſo unnatürliche Conſtruction Schuld zu geben." Aber die bewährteſten Ausgaben haben alle sola hereditas exheredatione und erwähnen nicht einmal einer Variante; es ſcheint daher die Mühlenbruch'ſche Lesart auf einem Verſehen zu beruhen. Uebrigens fehlt auch in manchen Handſchriften die Negation vor possit.

12) Man müßte nämlich interpretiren: während in dem Teſtamente eines Paganus die hereditas, aber dieſe allein unter allen teſtamentariſchen Verfügungen, nicht durch exheredatio kann zurückgenommen werden. Denn sola muß auf hereditas bezogen werden, wenn man nicht dem Juriſten eine unnatürliche Conſtruction Schuld geben will, die ſich nur, wenn er in Verſen ſchriebe, rechtfertigen ließe. Aber es wäre in dieſer Verbindung ganz unmotivirt, zu ſagen, daß nur allein die hereditas nicht zurückgenommen werden könne, und es wäre

Mit beſſerem Rechte kann man ſich darauf vielmehr gerade zum Beweiſe des Gegentheiles berufen. Der fragliche Satz kann, wenn man jedem Worte die ihm gebührende Bedeutung beilegt, nicht füglich anders verſtanden werden, als entweder: im Teſtamente eines Paganus könne nicht die hereditas für ſich allein durch exheredatio genommen werden, ſondern es müſſe dann auch der geſammte übrige Inhalt des Teſtamentes fallen [13]); oder: es könne nicht die einzige hereditas, d. i. die einzige im Teſtamente enthaltene Erbeinſetzung, durch exheredatio aufgehoben werden, weil damit nothwendig das ganze Teſtament fallen müßte [14]). Dieſe letzte Erklärung ſcheint die richtige; doch kann auch der anderen eine ſolche Wendung gegeben werden, daß ſie im Reſultate mit derſelben übereinſtimmt; nämlich: es kann nicht die hereditas allein, ohne den ganzen Inhalt des Teſtamentes zu zerſtören, zurückgenommen werden, und eben daher iſt die exheredatio in Beziehung auf die einzige darin enthaltene Erbeinſetzung ungiltig, da der Teſtator nicht das ganze Teſtament mag umſonſt gemacht haben. Dieſes wird auch ſehr unterſtützt durch eine andere Stelle, in welcher, wenn nicht derſelbe, doch ein ganz ähnlicher Fall auf gleiche Weiſe entſchieden wird [15]). Dafür aber,

---

ſogar abſurd, zu ſagen, daß nur allein die hereditas durch exheredatio nicht genommen werden könne, da durch exheredatio, wenn nicht die hereditas, doch gewiß keine andere letztwillige Verfügung aufgehoben wird.

13) Dieß iſt die Erklärung des Cujacius ad L. 13. §. 1. D. h. t. (opp. edit. Neapol. I. p. 1064), die auch von mehreren Anderen gebilligt iſt. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Note 99, 99a.

14) Es möchte gewaltſam ſcheinen, sola hereditas auf dieſe Weiſe zu erklären; aber oft genug iſt eines solus heres scriptus erwähnt, z. B. in L. 4. §. 1. D. de cond. institut. (28. 7.) L. 1. §. 4. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 52. 68. D. de acquir. hered. (29. 2.), und es konnte der Kürze wegen wohl auch jener Ausdruck gerechtfertigt erſcheinen. Oder ſollte vielleicht tota hereditas zu leſen ſein? Vgl. die folg. Anm.

15) L. 1. §. 4. D. de his quae in test. delentur. (28. 4.) Et hereditatis portio ademta vel tota hereditas, si forte sit substitutus, iure facta videbitur; non quasi ademta, quoniam hereditas semel data facile adimi non potest, sed quasi nec data. Verſteht man dieſe Stelle auch mit Mühlenbruch, S. 399, von einem Ausſtreichen (inducere) der Erbeinſetzung, ſo deutet ſie doch an, daß noch eine andere giltige Erbeinſetzung im Teſtamente enthalten ſein müſſe, damit die ademtio iure facta videatur. Zudem bezeichnet adimere wenigſtens vorzüglich ein Zurücknehmen durch eine entgegengeſetzte Erklärung, im Gegenſatze von inducere, alſo bei der Erbeinſetzung wohl gerade durch exheredatio, etwa auch durch Ueberſchreiben, daß etwas nicht gelten ſolle. L. 1. pr. in f. D. l. c., pr. J. de ademtione legatorum. (2. 21.) Was aber den Zwiſchenſatz: quoniam hereditas etc. betrifft, ſo erklärt ſich dieſer auf folgende Weiſe. Die hereditas iſt eigentlich erſt data, wenn der Teſtamentsact vollzogen iſt; alsdann kann ſie nicht mehr, wie das legatum oder die libertas, durch eine bloße Gegenerklärung genommen werden, ſo wenig wie ſie im Codicill gegeben werden kann; wenn aber im Teſtamente ſelbſt ſchon erklärt iſt, daß die Erbeinſetzung nicht gelten ſolle, ſo iſt ſie eigentlich nicht data, daher auch in Wahrheit nicht ademta. Oder auch: die hereditas, einmal gegeben, kann nicht, wie das Legat, durch eine jede Verfügung von entgegengeſetztem Inhalte wieder genommen werden (facile adimi non potest), z. B. nicht durch bloße translatio: pro ea parte, qua Titium heredem scripsi, Caius heres esto; ſondern es iſt dazu eine förmliche Ausſchließung (exheredatio) erforderlich; wenn aber

daß überhaupt wohl eine ſpätere Exheredation die vorher in demſelben Teſtamente erklärte Erbeinſetzung wieder aufheben könne, gewährt zudem noch L. 21. D. h. t. ein argumentum a contrario [16]), welches, wenn auch für ſich allein nicht von ganz entſcheidendem Gewicht, doch nicht ſo unbedeutend iſt, als es mit Rückſicht auf L. 27. §. 1. 2.[17]), vergl. mit L. 67. D. de hered. instit., dargeſtellt wird. Nach demjenigen nämlich, was oben über Wirkſamkeit der cretio sine exheredatione data geſagt worden iſt, darf es als ausgemachter Satz des claſſiſchen Rechtes angeſehen werden, daß eine ſonſt giltige Erbeinſetzung nicht indirecte durch eine andere Verfügung deſſelben Teſtamentes, ohne förmliche Aufhebung durch exheredatio, ausgeſchloſſen werde, und darnach mußte conſequent der unbedingten Erbeinſetzung derſelben Perſon immer der Vorzug vor der bedingten gegeben werden, jene mochte vor oder nach dieſer ſtehen, wenn nicht der letzten eine exheredatio unter der entgegengeſetzten Bedingung hinzugefügt worden. Wo aber dieſes geſchehen, da war gewiß kein Zweifel darüber, daß nur die ſpätere bedingte Erbeinſetzung gelte. Es iſt alſo unzuläſſig, das Zuſammentreffen einer Einſetzung und Enterbung eben ſo zu beurtheilen, wie das Zuſammentreffen einer unbedingten und einer bedingten Einſetzung ohne Enterbung unter der entgegengeſetzten Bedingung [18]). Uebrigens muß man geſtehen, daß dieſe Strenge der Form

---

ſofort die Erbeinſetzung ausgeſtrichen oder ſogleich bei derſelben, etwa durch superscriptio, erklärt iſt, ſie ſolle nicht gelten, ſo iſt ſie quasi nec data, und es bedarf auch keiner exheredatio, um ſie aufzuheben.

16) Si filium nominatim exheredavero et eum postea heredem instituero, heres erit.

17) Si te heredem instituero et deinde eundem te sub conditione instituam, nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset.

18) Mühlenbruch a. a. O. hat zwar inſofern Recht, als er nur dem Fineſtres die Stütze, welche dieſer zu ſtärkerer Befeſtigung ſeiner Anſicht aus L. 67. cit. hernimmt, entziehen will; aber er ſelbſt überſieht den eigentlichen Grund der in L. 27. §. 1. cit. enthaltenen Entſcheidung, und läßt ſich dadurch zu einer falſchen Parallele verleiten. — Daß auch L. 13. §. 2. D. h. t. den oben entwickelten Anſichten nicht entgegenſtehe, läßt ſich ſchon vermuthen, da dieſelbe von ſo zweifelhaftem Inhalte iſt, daß ſich die Vertheidiger aller Meinungen darauf berufen konnten. Mühlenbruch, S. 405. Nimmt man die von dieſem gebilligte Conſtruction der Stelle (nach Gebauer) als die richtige an, ſo ſagt ſie allerdings: es ſei Regel, hereditatem adimi non posse; aber daß dieſe Regel nicht in unbedingter Allgemeinheit verſtanden werden dürfe, räumt auch Mühlenbruch ein; und wenn nun derſelbe ſie ergänzt: eodem testamento hereditatem adimi non posse, ſo iſt dieſes ſehr unzuverläſſig. Mit gleichem Rechte kann man auch ſo die Regel verſtehen, es gebe keine ademtio hereditatis in der Art, wie es eine ademtio legatorum und libertatis gibt, indem nur durch exheredatio in demſelben Teſtamente die Erbeinſetzung beſeitigt werde. Wenn daher ein Sclave des Teſtators für frei erklärt und zum Erben eingeſetzt iſt, ſo ſchadet es ihm nicht, daß ihm nachher die Freiheit genommen wird, ſei es auch noch in demſelben Teſtamente. Denn obwohl dadurch ſtillſchweigend auch die hereditas genommen ſcheint, weil er ohne Freiheit auch nicht zum Erben eingeſetzt ſein kann, ſo kann doch nicht auf ſolche Weiſe, indirecte, ohne exheredatio die Erbeinſetzung wieder aufgehoben werden, und da nun dieſe doch auch nicht ohne die Freiheit beſtehen kann, ſo muß auch die ademtio libertatis

ſchon dem neueren römiſchen und vollends dem heutigen Rechte nicht mehr entſpricht, daß es dieſem vielmehr angemeſſener wäre, bei unzweifelhafter Abſicht des Teſtators auch ohne ausdrückliche Ausſchließung überall nur die ſpätere Erbeinſetzung gelten zu laſſen, die er an die Stelle einer früheren geſetzt haben wollte. Nur wo die wahre Abſicht irgendwie zweifelhaft erſcheint, da iſt es allgemeinen Grundſätzen gemäß, daß vielmehr die günſtigere Verfügung angenommen, und ſo denn auch die Erbeinſetzung eher als die entgegengeſetzte Erklärung aufrecht erhalten werde.

Abgeſehen von dieſer Beziehung der exheredatio auf eine Erbeinſetzung kommt eine wahre Enterbung im römiſchen, und zwar, wenn wir vorerſt auf die Novellen keine Rückſicht nehmen, auch im Juſtinianiſchen Rechte noch, nur vor in Betreff der sui heredes, d. i. derjenigen Perſonen, welche der Familiengewalt des Teſtators untergeordnet durch den Tod deſſelben sui iuris werden [19]), oder etwa, wie ausnahmsweiſe der Fall ſein kann, ſchon bei deſſen Lebzeiten mit Vorbehalt der Suitätsrechte unabhängig geworden ſind [20]), und in Betreff der durch das prätoriſche Recht den sui heredes gleichgeſtellten liberi [21]). Die erſten ſind nach Civilrecht von ſelbſt Erben des verſtorbenen Familienhauptes, und nur durch Exheredation kann dieſes Erbrecht ausgeſchloſſen werden [22]). Es gehört zu den civilrechtlichen Erforderniſſen der anfänglichen Giltigkeit eines Teſtamentes, daß die zur Zeit der Errichtung deſſelben vorhandenen sui heredes des Teſtators gehörig inſtituirt oder exheredirt werden; das Teſtament iſt ſonſt nichtig [23]). Und wenn erſt nach der Teſtamentserrichtung Jemand in das Verhältniß eines suus heres eintritt, der nicht giltig eingeſetzt oder enterbt iſt, ſo wird das Teſtament nichtig (rumpitur testamentum), es mag nun ein suus heres dem Teſtator erſt ſpäter geboren werden (agnascitur suus heres, postumus), oder ein ſchon früher Geborener erſt jetzt die Stellung eines suus heres gewinnen (quasi agnascitur suus heres, postumi loco) [24]). Nach prätoriſchem Rechte dagegen hat die Präterition eines suus heres oder eines dieſem gleichgeſtellten Deſcendenten zur Folge, daß durch contra tabulas bonorum possessio die teſtamentariſche Erbfolge, jedoch mit Aufrechthaltung gewiſſer Verfügungen des civilrechtlich nicht ungiltigen Teſtamentes, vereitelt werden kann [25]). Dieſe Wirkung der Präterition war zwar nach vorjuſtinianiſchem Rechte nicht in allen Fällen dieſelbe; civilrechtlich hatten Töchter und Enkel, die zur Zeit der Teſtamenterrichtung ſchon sui

---

in dieſem Falle für unwirkſam erklärt werden. — Man könnte übrigens in dieſer Stelle auch ſupponiren, daß der Sclave der einzige eingeſetzte Erbe ſei (Note 12—14).

19) Cai. II. 156. §. 2. 4. 8. J. de hered. ab intest. (3. 1.)

20) L. 11. Cod. de legit. hered. (6. 58.) Nov. 81. cap. 2.

21) Vergl. oben Bd. 1, S. 317—319, und den Artikel Inteſtaterbfolge.

22) L. 11. D. h. t. §. 3. J. l. c. Cai. II. 157.

23) §. pr. J. h. t. Cai. II. 123. L. 30. D. h. t.

24) §. 1. 2. J. h. t. Cai. II. 130—134.

25) §. 4. J. h. t. Cai. II. 135—137. Ulp. XXII. 23. Vergl. oben Bd. 1, S. 316-323.

heredes des Teſtators, aber von dieſem übergangen waren, nur das Recht, zu einem gewiſſen Erbtheil mit den eingeſetzten Erben in Concurrenz zu treten (ius accrescendi), und weibliche Deſcendenten ſollten nach einem Reſcripte des D. Pius auch durch bonorum possessio contra tabulas nicht mehr erlangen[26]). Dieſe Verſchiedenheiten ſind aber durch eine Juſtinianiſche Conſtitution beſeitigt[27]).

Indem nun die Erforderniſſe einer wirkſamen Enterbung beſtimmt werden ſollen, iſt vorerſt näher anzugeben, welche Perſonen enterbt werden können. Die Exheredation derjenigen, welche ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung des Teſtators sui heredes oder gleichberechtigte liberi ſein würden, war nach Civilrecht, beziehungsweiſe nach prätoriſchem Rechte, immer als giltig anzuſehen, und namentlich auch weibliche Deſcendenten konnten enterbt werden, ſelbſt als noch deren Einſetzung nach der lex Voconia unzuläſſig war[28]). Im Voraus aber ſolche, die in jenes Verhältniß zum Erblaſſer künftig erſt eintreten möchten, zu enterben, iſt erſt allmälig theils nach geſetzlichen Beſtimmungen (der lex Velleia), theils nach der weitergreifenden Interpretation der Juriſten für wirkſam anerkannt worden[29]), und ſelbſt nach der weiteſten Ausdehnung dieſer Beſtimmungen iſt doch die Exheredation eines Fremden, der weder jetzt nach civilem oder prätoriſchem Rechte eingeſetzt oder enterbt werden mußte, noch auch ſpäter ohne einen beſonderen Act der Aufnahme dieſe Stellung gewinnen konnte, ſtets als eine ganz bedeutungsloſe Handlung betrachtet worden, welche die Ruption des Teſtamentes nicht abwehren könne, falls der ſo vorzeitig Enterbte ſpäterhin durch Adoption oder einen ähnlichen Act suus heres des Teſtators werde[30]).

---

26) Cai. II. 124—126. Ulp. §. 17. cf. Paull. sent. III. 4b. §. 8.

27) L. 4. Cod. h. t. §. 5. J. h. t. Vgl. überhaupt den Art. Notherben.

28) Cai. II. 274. Haſſe, im rhein. Muſ. Bd. 3, S. 183 flg. Mühnbruch a. a. O. S. 214.

29) Cai. II. 134. cf. 142. 143. — §. 2. J. h. t. cf. L. 8. §. 7—10. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.) L. 23. 28. §. 1. und vorzüglich L. 29. D. h. t., und darüber Franke, Recht der Notherben, S. 19—44. Mühlenbruch a. a. O. S. 181—283.

30) Cai. II. 138—140. L. 8. §. 8. u. L. 23. cit. cf. L. 18. D. de iniusto test. (28. 3.) L. 132. not. 3. cit. — Der Adoption ſtand nach älterem Rechte die conventio in manum mariti in dieſer Rückſicht gleich. Cai. §. 139. Im neueren Rechte gilt daſſelbe von der Legitimation unehelicher Kinder, da auch dieſe nicht ordine naturali, ſondern novo facto der Gewalt des Teſtators unterworfen werden. Vergl. L. 28. §. 1. cit. Franke, S. 44. Mühlenbruch, S. 285, Note 16. Doch will ſie Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 231, den natürlichen postumi gleichgeſtellt wiſſen, aber aus ungenügenden Gründen. Denn die unehelichen Kinder, ſo lange ſie nicht legitimirt ſind, ſtehen gewiß dem Teſtator nicht näher, als die Kinder von Töchtern, welche doch in der fraglichen Beziehung extranei ſind. Die Analogie der L. 23. cit. paßt nicht hierher, da der Emancipirte immer prätoriſcher Notherbe blieb, welcher giltig exheredirt werden konnte, während das nicht legitimirte uneheliche Kind nicht einmal das regelmäßige Inteſtaterbrecht der Deſcendenten hat. Ganz verfehlt iſt auch die Bezugnahme auf das, was nach einem SC. Hadriani im Fall der causae probatio post mortem testatoris gelten ſollte, nach Cai. II. 143., da

Was nun die Art und Weiſe angeht, wie die Enterbung zu geſchehen hat, ſo mußte dieſelbe nach älterem Rechte ohne Zweifel eben ſo wie die Einſetzung in gewiſſer ſolenner Form ausgeſprochen ſein [31]), ſo daß noch Juſtinian ſich veranlaßt ſehen konnte, zu erklären, die Verfügung: ille filius meus alienus meae substantiae fiat, ſei für eine giltige Exheredation zu halten [32]). Nach neuerem Rechte kommt es darauf nicht mehr an [33]), aber es iſt doch immer eine beſtimmte Erklärung des Teſtators erforderlich, welche deſſen Willen, das Kind auszuſchließen, unzweifelhaft kund gibt und kund zu geben beabſichtigt [34]). Dieſe Erklärung muß in einem giltigen Teſtamente enthalten ſein; in einem Codicill iſt ſo wenig Enterbung als Erbeinſetzung ſtatthaft [35]). Von ſelbſt verſteht ſich demnach, daß in der letztwilligen Verordnung außer der Enterbung noch eine giltige Erbeinſetzung enthalten ſein muß, weil ohne dieſe überall kein Teſtament beſteht [36]). Daher kann denn auch unmöglich eine wirkſame Enterbung angenommen werden, wenn derſelbe Deſcendent allein und ohne Subſtituten eingeſetzt und in demſelben Teſtamente wieder enterbt iſt; denn wenn auch zu behaupten wäre, daß dadurch die Erbeinſetzung aufgehoben werde [37]), ſo würde dann eben kein Teſtament und ſomit auch keine Enterbung vorhanden ſein, ſondern die Inteſtaterbfolge eintreten [38]).

Es ſind nun außerdem noch folgende Erforderniſſe einer giltigen Enterbung der Kinder zu bemerken:

1) Sie müſſen nominatim enterbt ſein. Dazu aber gehört nicht nothwendig Nennung des Namens; es genügt eine jede, auch eine beſchimpfende, Bezeichnung der Perſonen, welche enterbt ſein ſollen, wenn ſie nur deutlich zu erkennen gibt, daß der Teſtator dabei beſtimmte Kinder, und welche unter mehreren, im Auge gehabt habe [39]); und ſelbſt col-

---

dieſes durch ſinguläre Beſtimmung, und nur für den Fall feſtgeſetzt war, wenn der Vater ein anderes Teſtament nicht mehr machen konnte, wenn nämlich erſt nach ſeinem Tode dem Kinde die Rechte eines ex iustis nuptiis erzeugten gewonnen wurden. Man könnte dieſe Analogie höchſtens für den Fall der ſogenannten legitimatio per testamentum paſſend finden, die aber mit einer Enterbung desjenigen, deſſen Legitimation der Teſtator wünſcht, verbunden eine Sonderbarkeit wäre. Endlich iſt ſchwer einzuſehen, wie der in L. 28. §. 1. cit. angegebene Grund auf die legitimatio per subsequens matrimonium angewendet werden könne; denn offenbar iſt dieſe ein novum factum, abhängig von dem Willen des Vaters und in Rückſicht der hier in Betracht kommenden Wirkung auch von dem Willen des Kindes (Nov. 89. cap. 11.), daher ſehr wohl vergleichbar der Arrogation eines fremden homo sui iuris.

31) Cf. L. 2. 15. 17. 19. D. h. t. Cai. II. 116. 117.

32) L. 3. Cod. h. t.

33) Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat. L. 3. Cod. cit. cf. L. 15. Cod. de testam. (6. 23.)

34) Mühlenbruch a. a. O. S. 392.

35) §. 2. J. de codicillis. (2. 25.) L. 14. Cod. de testam. (6. 23.)

36) Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt. Cai. II. 229. Cf. L. 1. pr. D. de hered. instit. (28. 5.)

37) Vgl. Note 12—16.

38) L. 20. pr. D. de bon. poss. c. tab.

39) §. 1. J. h. t. L. 1—3. D. h. t. cf. L. 34. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 24. D. de manum. test. (40. 4.)

lectiv die Enterbung „aller Kinder" oder „der übrigen Kinder" kann gültig ſein, wenn nur die Bezeichnung den Umſtänden nach als eine hinreichend ſpecielle erſcheint, und der Teſtator dabei nicht unabſichtlich ein Kind überſehen hat [40]). In Beziehung auf postumi könnte natürlich eine Enterbung mit Nennung des Namens gar nicht einmal gefordert werden, und doch ſollen auch ſie nominatim exheredirt werden. Es iſt dieſes aber ſo zu verſtehen, daß ausdrücklich der mögliche Fall des Eintrittes von postumi berückſichtigt und dieſe ausgeſchloſſen werden [41]). Das nominatim exheredare macht den Gegenſatz von exheredare inter ceteros, welches nur in der allgemeinen Formel ceteri exheredes sunto ausgeſprochen wurde. Vor Juſtinian genügte dieſes nach Civilrecht für alle zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon exiſtirenden sui heredes, außer dem filius in potestate [42]); und für ſpäter Geborene weiblichen Geſchlechtes genügte ebenfalls dieſe Form der Enterbung, wenn nur der Teſtator durch eine andere Erklärung, namentlich durch ein Vermächtniß, zu erkennen gab, daß er an ſie gedacht habe; nur postumi männlichen Geſchlechtes mußten nominatim enterbt werden [43]); nach prätoriſchem Rechte hingegen mußten alle männlichen liberi ohne Unterſchied nominatim, und nur die weiblichen konnten inter ceteros exheredirt werden [44]). Alle dieſe Unterſcheidungen aber ſind durch eine Juſtinianiſche Conſtitution aufgehoben, welche für Alle ohne Unterſchied die exheredatio inter ceteros für ungenügend erklärt [45]).

2) Die Enterbung darf nicht an eine Bedingung geknüpft ſein [46]). Dieſe Regel leidet jedoch die Ausnahme, daß das Kind wohl unter der entgegengeſetzten Bedingung enterbt werden kann, als unter welcher es eingeſetzt iſt; weil dann auf jeden Fall, die Bedingung möge erfüllt werden oder nicht, das Kind ſich entweder eingeſetzt oder enterbt findet, und

---

40) L. 25. pr. D. h. t. Man kann aus dieſer Stelle wohl nicht ableiten, daß die Formel ceteri filii filiaeque exheredes sunto überall als namentliche Enterbung aller Kinder gelten könne; vergl. Mühlenbruch, Bd. 36, S. 306, 307, aber dieſer behauptet auch zu viel, wenn er durch §. 1. J. h. t. beweiſen will, daß mehrere Söhne niemals auf jene Weiſe enterbt werden könnten. Der §. 1. cit. ſagt nur: der Satz filius meus exheres esto non adiecto proprio nomine, genüge nicht, wenn mehrere Söhne da ſind, natürlich, weil man dann nicht weiß, welcher von ihnen enterbt ſein ſoll. Daraus folgt aber nicht, daß auch die Enterbung: filii mei exheredes sunto, ungiltig ſei, wenn z. B. der Teſtator zwei oder drei wohlbekannte Söhne hatte.

41) Z. B. quicunque mihi filius genitus fuerit, exheres esto. L. 3. §. 5. D. de iniusto test. (28. 3.) §. 1. in f. J. h. t. und Theophil. ad h. l.

42) Pr. J. h. t. Ulp. XXII. 20.

43) §. 1. J. h. t. Cai. II. 134. Ulp. XXII. 21. 22. In Betreff männlicher Enkel und Urenkel ſagt der letzte nur, es ſei tutius nominatim eos exheredari; et id observatur magis. Cf. L. 3. pr. D. de iniusto test.

44) §. 3. J. h. t. Cai. II. 135. Ulp. XXII. 23.

45) L. 4. Cod. h. t. cf. §. 5. J. h. t.

46) L. 18. pr. D. de bon. poss. c. tab. cf. L. 3. §. 1. D. h. t. Ueber den in L. 18. cit. angegebenen Grund: certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt, ſiehe verſchiedene Erklärungen bei Franke a. a. O. S. 62. Mühlenbruch, S. 415.

ſo der rechtliche Beſtand des Teſtamentes von dieſer Seite geſichert iſt[47]). Und darin kann es auch keinen Unterſchied machen, ob das Kind unter einer Bedingung enterbt und dann unter der entgegengeſetzten eingeſetzt, oder umgekehrt unter einer Bedingung eingeſetzt und dann unter der entgegengeſetzten enterbt werde, da die Enterbung überhaupt der Erbeinſetzung eben ſo wohl vorgehen als nachfolgen kann[48]). Sind postumi unter Bedingung enterbt, ſo kommt es darauf an, ob die hinzugefügte Bedingung zur Zeit der agnatio postumi erfüllt iſt oder nicht; im letzten Falle wird das Teſtament rumpirt, weil die bedingte Enterbung nicht gilt; im erſten Falle bleibt es beſtehen, weil nun der agnoſcirende Poſtumus ſich unbedingt enterbt findet[49]).

3) Die Enterbung darf nicht auf die Zeit nach dem Tode des Enterbten hinausgeſtellt ſein, indem die Enterbung nach dem Tode widerſinnig wäre[50]). Daher iſt es ungiltig, wenn verfügt wird: Titius post mortem filii heres esto, filius exheres esto, weil hier die Einſetzung des Titius und ſo auch die Enterbung des Sohnes nur unter einer Vorausſetzung wirkſam werden könnte, unter welcher die letzte keinen Sinn mehr hat[51]). Daher wird auch, wenn der Sohn unter einer Bedingung eingeſetzt und unter der entgegengeſetzten enterbt iſt, gefordert, daß dieſe

47) L. 86. D. de hered. instit. L. 4. Cod. de institut. et substit. (6. 25.) cf. L. 28. pr. D. h. t. (not.)

48) L. 3. §. 2. 3. D. h. t. L. 3. §. 2. D. de iniusto test. Es iſt gewiß einerlei, ob der Teſtator z. B. ſagte: si consul factus non fuerit, filius exheres esto, si factus fuerit, heres esto, oder umgekehrt: si consul factus fuerit, heres esto, si non fuerit, heres esto. Gegen die herrſchende Meinung erklärt ſich zwar Mühlenbruch a. a. O. S. 416 flg., übereinſtimmend mit Giphan. explanatio difficil. leg. II. p. 43 sq., aber wer unter einer Bedingung enterbt und auf den entgegengeſetzten Fall eingeſetzt iſt, der iſt immer auch unter einer Bedingung eingeſetzt und auf den entgegengeſetzten Fall enterbt; beides trifft nicht blos im Reſultate zuſammen, ſondern iſt weſentlich eins und daſſelbe, da formell auf das Voranſtellen der Enterbung oder Einſetzung nichts ankommt. Vgl. auch Buchholtz, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 13, S. 327 flg.

49) Arg. L. 3. §. 3. D. de iniusto test.: Rumpunt,.. si nascantur nec inveniant se exheredatos. L. 1. §. 5. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.) Si sub conditione postumus sit exheredatus, pendente conditione ... posse ventrem in possessionem mitti, quia sub incerto utilius est, ventrem ali; alſo wenn vor der Geburt die Bedingung der Enterbung noch ſchwebt, iſt es noch ungewiß, ob dieſe nicht wirkſam werde. Vergl. L. 22. 24. D. h. t. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 236, Note 12. Förster, de bon. poss. contra tab. p. 124. Anderer Meinung iſt auch hier Mühlenbruch a. a. O. S. 423. Ohne L. 1. §. 5. cit. zu berühren, bemerkt er nur: daß das Teſtament nicht gelten könne, wenn ſich der Poſtumus nicht unbedingt enterbt findet; für gehörig enterbt aber kann er nicht gehalten werden, wenn bei ſeinem Erſcheinen die Bedingung der Enterbung bereits eingetreten iſt, indem dieſe ja jetzt ſeinem Erbrechte im Wege ſteht. Aber er findet ſich ja wirklich unbedingt enterbt, wenn bei ſeinem Erſcheinen die Bedingung der Enterbung eingetreten iſt, und daß dieſe dann ſeinem Erbrechte im Wege ſteht, kann freilich nicht anders ſein, wenn eine Enterbung angenommen werden ſoll. Mir iſt daher dieſe Argumentation unbegreiflich.

50) L. 29. §. 10. D. h. t. Frustra exheredabitur post mortem suam. Cf. L. 4. § 2. D. de hered. instit. (28. 5.)

51) L. 13. §. 2. D. h. t.

noch vor dem Tode des Sohnes entſchieden ſei, damit das Teſtament beſtehe [52]).

4) Die Enterbung ſoll auch nicht post aditam hereditatem angeordnet werden [53]). Es ſoll der Notherbe erſt aus der ihm ſonſt zufallenden Erbſchaft durch die Enterbung verdrängt ſein, damit ein Anderer ſie erwerben könne; daher kann nicht die Enterbung als Folge dieſer Erwerbung hingeſtellt werden, obgleich jene als eine im Teſtamente enthaltene Verfügung nur beſteht, wenn nach dem Teſtamente die Erbſchaft angetreten wird [54]).

5) Die Enterbung muß den Enterbten von der ganzen Erbſchaft ausſchließen, und alſo in Beziehung auf alle eingeſetzten Erben verordnet ſein [55]). Durch eine theilweiſe Enterbung wird das natürliche Anrecht des Kindes auf den übrigen Theil der Erbſchaft nicht ausgeſchloſſen, und da nun doch neben dieſem geſetzlichen Erbrechte kein teſtamentariſches beſtehen kann, ſo iſt das ganze Teſtament wegen ſolcher mangelhafter Enterbung ungiltig, es möchte denn das Kind ſelbſt auf den übrigen Theil eingeſetzt ſein, in welchem Falle aber auch jene Enterbung ganz überflüſſig und bedeutungslos iſt. Es wird aber damit ſo ſtrenge genommen, daß es für eine ungiltige Enterbung erklärt wird, wenn dem Kinde ein Vermächtniß gegeben und hinzugefügt iſt: in cetera parte exheres esto [56]), obwohl doch darin in der That eine Enterbung von der ganzen Erbſchaft, nur verbunden mit Hinterlaſſung eines Vermächtniſſes, enthalten, und dieſes ſonſt unzweifelhaft giltig iſt [57]). Endlich muß auch

6) die Enterbung ſich auf alle Grade der Erbeinſetzung beziehen, wenn ihre Wirkſamkeit für alle Fälle geſichert ſein ſoll. Sind Subſtitutionen im Teſtamente angeordnet, ſo hängt die Giltigkeit eines jeden einzelnen Grades der Erbeinſetzung davon ab, daß der Notherbe eben auch in Beziehung auf dieſen giltig enterbt ſei [58]), wenn er nicht in dieſem

---

52) L. 28. pr. D. h. t. Vgl. Franke, S. 56, 62. Mühlenbruch, S. 378 flg.

53) L. 3. §. 2. D. h. t. Vgl. Franke, S. 65. Mühlenbruch, S. 424, 425. Unrichtig verſteht Glück, Bd. 7, S. 266, dieſe Stelle von dem Falle, wenn keine Erbeinſetzung neben der Enterbung im Teſtamente ſich findet.

54) L. 68. D. de hered. instit., worüber zu vergleichen Franke, S. 65—67. Mühlenbruch, S. 419—421. Beiläufig ſei bemerkt: Franke, Note 19, a. a. O. bezweifelt die Richtigkeit der Lesart quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, wofür er lieber testatoris leſen möchte, aber ohne Grund. Jene Worte geben einen ganz guten dem Zuſammenhange entſprechenden Sinn, nämlich: obwohl die Erfüllung der Bedingung und ſomit die Wirkſamkeit der Einſetzung von dem Willen des Titius abhängt, ſo iſt dieſe doch giltig, da nicht ausdrücklich der Wille des Titius im Teſtamente genannt und davon die Erbeinſetzung abhängig gemacht iſt.

55) L. 3. §. 2. D. h. t. L. 8. §. 3. D. de bon. poss. c. tab.

56) Recte exheredatus ... non videtur .... quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque esse causam institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandas.

57) Vgl. Note 2.

58) L. 3. §. 6. L. 8. 14. pr. D. h. t. L. 8. §. 1. 5. D. de bon. poss.

oder einem früheren Grade eingeſetzt iſt[59]); nur in Anſehung der nachfolgenden Grade bedarf es nicht mehr der Enterbung, wenn er in einem Grade eingeſetzt iſt[60]). Ob nun im einzelnen Falle die Enterbung auf alle Grade der Erbeinſetzung zu beziehen ſei oder nicht, das beſtimmt ſich vor Allem nach der ausdrücklichen Erklärung des Teſtators ſelbſt. Aber auch ohne ſolche wird in der Regel die Enterbung allgemein zu verſtehen ſei, wenn nicht ein beſonderer Grund vorliegt, dieſelbe nur auf einzelne Grade der Erbeinſetzung beſchränkt zu halten. Iſt namentlich *vor* allen Erbeinſetzungen die Enterbung ausgeſprochen, ſo iſt kein Zweifel, daß ſie auf alle Grade zu beziehen ſei[61]). Aber auch wenn umgekehrt am Ende aller Erbeinſetzungen die Enterbung ſich findet, iſt daſſelbe im Zweifel anzunehmen, wenn ſich nicht eine ausſchließliche Beziehung auf den letztvorhergehenden Grad beſonders kund gibt[62]). Auch wenn zwiſchen zwei Graden die Enterbung ſteht, gilt ſie im Zweifel für beide[63]), und ſo muß denn conſequent auch die zwiſchen mehreren Graden befindliche Enterbung nach oben und nach unten auf alle bezogen werden, ſo wie auch bei einer Miſchung verſchiedener Grade unter einander die darin eingefügte Enterbung als unbeſchränkte angeſehen wird[64]). Und ſelbſt wenn zwiſchen verſchiedenen Erbeinſetzungen deſſelben Grades die Enterbung ausgeſprochen iſt, entſcheidet man ſich wohl mit Recht für die Annahme, daß dieſelbe nicht nur für dieſen *ganzen* Grad[65]), ſondern auch für die übrigen Grade wirke, indem die einzelnen Erbeinſetzungen nicht in ſolcher weſentlichen Verbindung zu einander ſtehen, daß man ſagen könnte, es werde durch die Stellung der Enterbung zwiſchen Erbeinſetzungen deſſelben Grades eine beſondere Beziehung derſelben auf dieſen Grad angedeutet[66]).

---

c. tab. L. 75. D. de hered. instit. L. 43. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. L. 4. 5. 19. pr. D. de iniusto. Ueber die verſchiedenen Folgen der Präterition in einzelnen Graden je nach Verſchiedenheit der Fälle vgl. Franke a. a. O. S. 77—86, 134, 135; Glück, Bd. 7, S. 280—286, und Mühlenbruch in der Fortſetzung, Bd. 36, S. 436—454.

59) L. 14. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 2. D. de hered. instit.

60) Förſter, a. a. O. S. 76, 77, behauptet zwar Ungiltigkeit der nachfolgenden Subſtitutionen, falls der Sohn vor dem Vater ſterbe. Aber vgl. dagegen Franke, S. 72. Mühlenbruch, S. 434—436.

61) L. 3. §. 3. D. h. t.

62) L. 1. Cod. de lib. praet. (6. 28.) Die Auslegung dieſes Reſcriptes iſt zwar ſtreitig. Manche finden darin ausgeſprochen, daß die Enterbung hier regelmäßig nur auf den letzten Grad zu beziehen ſei, wenn nicht apparet, eum id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret. Donell. ad L. 1. cit. n. 3. Cuiac. ad L. 3. §. 2. D. h. t. (opp. ed. Neap. I. p. 1056). Allein nach dem Schlußſatze der Conſtitution wird eine ratio gefordert, quare videatur in posteriori tantum casu exheredare voluisse, und nur *weil* dieſe *fehlt*, wird in dem Falle des Reſcriptes die Enterbung allgemein genommen. Dieß kann man alſo auch in anderen Fällen als Regel annehmen, und damit ſtimmt die ganze Behandlung dieſes Punktes im claſſiſchen Rechte überein. Vgl. Franke, S. 70. Mühlenbruch, S. 429 flg.

63) L. 3. §. 4. D. h. t.

64) L. 3. §. 5. D. h. t.

65) L. 3. §. 2. D. h. t.

66) Z. B. A ſoll mein Erbe ſein. Meinen Sohn enterbe ich. Auch B ſoll mein Erbe ſein. Wenn A und B meine Erben nicht ſind, ſoll C mein

Dieſe nun ſind nach Juſtinianiſchem Pandektenrechte die Erforderniſſe einer giltigen Enterbung, wegen deren Nichtbeachtung auch die ausdrücklich erklärte Ausſchließung, wenigſtens beziehungsweiſe (Nr. 6), der Präterition gleichzuachten iſt [67]). Auf die Beweggründe zur Enterbung kommt es nach dieſem Rechte nicht an, und noch viel weniger bedarf es einer ausdrücklichen Angabe des Beweggrundes. Zwar iſt das Teſtament der Gefahr ausgeſetzt, als pflichtwidriges in Folge der querela inofficiosi testamenti umgeſtoßen zu werden, wenn ein Kind ohne genügende Urſache von dem Nachlaſſe gänzlich ausgeſchloſſen worden. Allein dieſe Klage iſt nicht gegen die Enterbung als ſolche gerichtet, ſondern findet nur dann ſtatt, wenn dem Berechtigten nicht der ihm gebührende Theil des nachgelaſſenen Vermögens, ſei es durch Vermächtniß oder durch Erbeinſetzung, gegeben wird, und nach vorjuſtinianiſchem Rechte konnte auch ſelbſt das eingeſetzte Kind ſich deren bedienen, wenn ihm dadurch nicht ſo viel, als ihm gebührt, zu Theil wurde, und unter derſelben Vorausſetzung ſind auch ſolche Perſonen, die nicht enterbt zu werden brauchen, nämlich überhaupt Deſcendenten und Aſcendenten, zu dieſer Klage berechtigt, während der Exheredirte, welchem durch Vermächtniß ein angemeſſener Theil des Erbvermögens zugewendet wird, nicht dazu berechtigt iſt [68]).

In dieſen Beſtimmungen hat nun aber Juſtinian nach Vollendung ſeiner Rechtsbücher durch die berühmte Novelle 115 in doppelter Beziehung höchſt wichtige Aenderungen vorgenommen. Er hat erſtens vorgeſchrieben, daß regelmäßig alle Deſcendenten, ohne Beſchränkung auf diejenigen, welche nach dem bisherigen Rechte eingeſetzt oder enterbt werden mußten, und eben ſo alle Aſcendenten, beide freilich nur inſofern als ſie die nächſten Inteſtaterben ſein würden, zu Erben eingeſetzt werden ſollen, und hat zweitens geſetzlich die Gründe genau beſtimmt, deren ausdrückliche Angabe im Teſtamente und Bewahrheitung von Seiten der eingeſetzten Erben allein die Nichteinſetzung jener Perſonen rechtfertigen könne, welche ſonſt unter Beſeitigung der Erbeinſetzungen des ungeſetzlichen Teſtamentes als Inteſtaterben berufen werden [69]). Jene geſetzlich anerkannten Gründe der Ausſchließung (Enterbungsgründe) ſind folgende:

I. Ein Kind kann von ſeinem Aſcendenten enterbt werden [70]): 1) wenn es ſich thätlich an demſelben vergriffen, oder 2) ihm ſonſt ſchwere und unziemliche Kränkungen zugefügt, oder 3) eine criminelle Anklage gegen denſelben erhoben hat, ausgenommen wegen Staats- und Majeſtätsverbrechen; 4) wenn daſſelbe mit Giftmiſchern und Zauberern gleiches

---

Erbe ſein. Anderer Meinung iſt aber unter Anderen Franke, S. 71. Vgl. dagegen Mühlenbruch, S. 433, der jedoch dieſen Fall auch nicht ſpeciell erwähnt, indem ſich ſeine Ausführung S. 431—433 nur auf den Fall bezieht, wenn die Enterbung zwiſchen Subſtitutionen verſchiedener Grade ſteht, über welchen Fall ſich Franke nicht ausdrücklich erklärt hat.

67) L. 8. §. 2. D. de bon. poss. c. tab.

68) Vgl. die Art. Notherben und Pflichttheil.

69) Nov. 115. cap. 3. pr. §. 14. in f. cap. 4. §. 8. in f.

70) Nov. 115. cap. 3. §. 1—14.

Unweſen treibend Gemeinſchaft pflegte [71]); 5) wenn es dem Aſcendenten nach dem Leben geſtellt hat; 6) wenn der Deſcendent männlichen Geſchlechtes [72]) mit der Ehefrau oder (rechtmäßigen) Concubine des Aſcendenten unerlaubten Umgang gehabt hat [73]); 7) wenn das Kind gegen den Aſcendenten als Angeber aufgetreten iſt und dadurch demſelben beträchtlichen Nachtheil bereitet hat [74]); 8) wenn ein Deſcendent männlichen Geſchlechtes, obwohl vermögend, für den Aſcendenten auf deſſen Begehren als Bürge einzutreten, um ihn dadurch aus dem Gefängniß zu befreien, ſich geweigert hat [75]). Auf männliche Kinder iſt dieſes ausdrücklich eingeſchränkt, da ja Frauen nach dem SC. Velleianum nicht giltig intercediren können. 9) Wenn das Kind den Aſcendenten an Errichtung eines Teſtamentes zu hindern verſucht hat [76]). 10) Wenn das Kind wider Willen der Eltern unter Gaukler und Schauſpieler [77]) ſich begeben, und dieſes Gewerbe fortbetrieben hat, wofern nicht die Eltern deſſelben Gewerbes ſind. 11) Wenn die Tochter oder Enkelin ſich einem ſchlechten Lebenswandel ergeben hat, indem ſie eine von den Eltern gebotene Gelegenheit zur Verheurathung verſchmähte. Die großjährige Tochter aber ſoll entſchuldigt ſein, wenn ſie durch Verzögerung ihrer Verheurathung zur Unzucht verleitet worden, oder wider den Willen der Eltern (nur mit einem Freien) ſich verheurathet hat [79]). 12) Wenn das Kind den Aſcen-

---

71) *Μετὰ φαρμακῶν ὡς φαρμακός.* Vgl. Mühlenbruch, Bd. 37, S. 144—146.

72) Das Geſetz ſpricht zwar nur vom Sohne, welcher novercae suae aut concubinae patris sese immiscuerit; aber unbedenklich iſt daſſelbe auch vom männlichen Enkel und Urenkel zu verſtehen. Arg. L. 84. 201. D. de V. S.

73) Was hier von der Concubine des Vaters geſagt iſt, kann nach heutigem Rechte nicht mehr als praktiſch angeſehen werden, da es ohne Zweifel auf der Vorausſetzung eines rechtmäßig erlaubten Concubinats beruht.

74) Auch hier nennt zwar das Geſetz nur den Sohn; aber es iſt kein Grund zu erſehen, warum hier nicht nach L. 84. D. de V. S. filii appellatione omnes liberi verſtanden werden ſollen, wie mit Anderen Mühlenbruch, a. a. O. S. 149, behauptet. Dann iſt auch die Ausdehnung auf Enkel männlichen Geſchlechtes in dieſem wie in dem vorigen Falle inconſequent.

75) Bei dieſem Enterbungsgrunde iſt ſtreitig, ob vorausgeſetzt werde, daß der Enkel ſchon zur Zeit der Aufforderung der nächſte Inteſtaterbe des Aſcendenten geweſen ſei, weil in §. 8. die liberi, qui possunt ab intestato ad eius successionem venire (*παιδες οἱ δυνάμενοι ἐξ ἀδιαθέτου ἐπὶ τὴν τούτου διαδοχὴν ἔχθεῖν*) genannt werden. Mühlenbruch, S. 151. Allein der Ausdruck *οἱ δυνάμενοι* deutet nur auf die Möglichkeit, dereinſt Inteſtaterben zu werden, die bei den Enkeln jederzeit vorhanden iſt. Dieſe Andeutung aber kann deßhalb hier beſonders hinzugefügt ſein, um die Verpflichtung ſtärker fühlen zu laſſen, demjenigen bei Lebzeiten in dringendſter Verlegenheit zu Hilfe zu kommen, auf deſſen Vermögen man nach ſeinem Tode Anſpruch machen will.

76) Cf. L. 23. Cod. de inoff. testam. (3. 28.)

77) *Μεταξὺ κυνηγῶν ἢ μίμων*, nach der vulgata versio inter arenarios vel mimos. Cf. L. 11. Cod. l. c.

78) Die Beſchränkung auf Söhne iſt auch hier eben ſo ungegründet, wie in dem Falle Nr. 7; und die von den Meiſten angenommene Ausdehnung auf alle Kinder keineswegs „höchſt willkürlich", wie Mühlenbruch, S. 153, behauptet.

79) Cf. L. 19. Cod. de inoff. test. (3. 28.) Ueber dieſen ſehr unbe-

denten während einer Geiſteskrankheit vernachläſſigt hat. 13) Wenn das ſchon achtzehnjährige Kind ſich nicht bemüht hat, den in feindlicher Gefangenſchaft befindlichen Aſcendenten loszukaufen. Endlich 14) iſt es rechtgläubigen Aſcendenten geſtattet, ihre nichtkatholiſchen Deſcendenten zu enterben; eine Beſtimmung, von deren Anwendung freilich heutzutage in Anſehung der verſchiedenen chriſtlichen Religionsparteien keine Rede mehr iſt.

II. Aſcendenten können von den Kindern enterbt werden [80]: 1) wenn ſie dieſe eines todeswürdigen Verbrechens angeklagt haben, ausgenommen wegen Hochverrathes. 2) Wenn ſie denſelben nach dem Leben getrachtet haben. 3) Wegen unerlaubten Umganges mit der Frau oder (rechtmäßigen) Concubine [81]) des Sohnes oder Enkels [82]). 4) Wenn ſie dieſelben an Errichtung eines Teſtamentes gehindert haben, natürlich vorausgeſetzt, daß die Kinder Teſtamentsfähigkeit hatten, alſo wenn ſie Hauskinder waren, nur in Anſehung des peculium castrense und quasi castrense [83]). 5) Wenn von einem Elternpaar des Kindes der Eine dem Anderen, der Vater der Mutter oder dieſe jenem, nach dem Leben getrachtet oder durch Gift den Verſtand zu rauben geſucht hat, ſo kann das Kind jenen enterben [84]). Ferner können auch Eltern von den Kindern, eben ſo wie nach I. 12—14. dieſe von jenen, enterbt werden 6) wegen Vernachläſſigung derſelben während einer Geiſteskrankheit; 7) wegen Vernachläſſigung in der Gefangenſchaft, und 8) wegen Irrglaubens.

Es ſind aber in Beziehung auf dieſe Enterbungsgründe noch einige zweifelhafte Punkte zu berühren. Die meiſten derſelben beruhen in einem tadelnswerthen Betragen gegen Aſcendenten oder Deſcendenten. Hier könnte gefragt werden, ob ein ſolcher Verſtoß gegen einen Aſcendenten oder Deſcendenten auch einem Anderen als dem zunächſt Beleidigten das Recht zur Enterbung gebe? In mehreren dieſer Fälle iſt eine ſolche Annahme nicht einmal nach dem buchſtäblichen Inhalte des Geſetzes zuläſſig, na-

---

ſtimmt ausgedrückten Enterbungsgrund vgl. Franke, S. 407—410, u. Mühlenbruch, S. 153—164.

80) Nov. 115. cap. 4. §. 1—8.

81) Vgl. Note 73.

82) Weil im griechiſchen Texte der Novelle ſteht: *τοῦ οἰκείου παιδός*, ſo beſchränkt Mühlenbruch a. a. O. §. 169, mit Buchholtz, jur. Abh. S. 141, dieſe Beſtimmung auf unerlaubten Umgang mit der Frau des Hausſohnes. Allein die nach der vulgata versio längſt und allgemein recipirte Meinung kann durch den griechiſchen Text um ſo weniger erſchüttert werden, da dieſer nicht einmal feſtſteht; denn Haloander lieſt: *τοῦ ἰδίου παιδός*.

83) In rebus in quibus habent testandi licentiam. Der von Buchholtz a. a. O. auch hier angenommenen Beſchränkung auf Hauskinder widerſpricht hier auch Mühlenbruch, S. 169, mit Recht: denn die angeführten Worte zeigen wohl, daß der Geſetzgeber auch Hauskinder, aber nicht, daß er ausſchließlich dieſe im Auge hatte.

84) Die Meinung, daß es hier nicht darauf ankomme, ob der Verfolgte auch Aſcendent des Kindes ſei, oder blos Stiefvater oder Stiefmutter (Mühlenbruch, S. 170), iſt gewiß verwerflich; denn das Geſetz ſagt blos liberis esse licentiam etc., ohne zu ſagen: weſſen Kindern; ſetzt alſo offenbar gemeinſchaftliche Kinder der vorher genannten beiden Ehegatten voraus.

mentlich bei I. 8. 9. 12. 13. II. 4. 6. 7. Aber auch in den anderen Fällen dieſer Art, namentlich I. 1. 2. 3. 5. 6. 7. 10. II. 1. 2. 3., iſt dieſelbe gewiß zu verwerfen, obwohl der Ausdruck allgemein lautet, z. B.: si quis parentibus suis manus intulerit. Denn dieſes kann ſehr wohl ſo verſtanden werden, daß nun eben dieſen beleidigten Eltern, dieſem oder jenem Parens, welcher ſo beleidigt worden iſt, das Enterbungsrecht zuſtehen ſolle; und daß es ſo zu verſtehen ſei, dafür ſpricht gerade der Umſtand, daß in anderen Fällen, wo es der Zuſammenhang mit ſich bringt, ausdrücklich deſſen zu erwähnen, nur dem Beleidigten die Befugniß zur Enterbung beigelegt wird. Auch iſt zu beachten, daß die Enterbungsgründe für Kinder im Geſetze ſelbſt ingratitudinis causae, wie anderwärts offensionis causae [85]), genannt werden, was auf eine individuelle Richtung der Beleidigung hindeutet, wenn gleich es auch einzelne Enterbungsgründe gibt, die abſoluter Natur ſind. Und dann wird auch durch eine bekannte Interpretationsregel die mildere Auslegung unterſtützt [86]).

Eine andere Frage iſt, ob man ſtrenge bei dem wörtlichen Inhalte des Geſetzes ſtehen bleiben müſſe und keine anderen Enterbungsurſachen anerkennen könne, als die ausdrücklich im Geſetze ausgeſprochenen [87])? Juſtinian erklärt, um die darin herrſchende Unſicherheit zu beſeitigen, finde er es angemeſſen, die Enterbungsgründe namentlich anzugeben, und es ſolle darnach Niemand mehr aus irgend einem anderen Geſetze einen Enterbungsgrund hernehmen, der nicht in dieſem neuen Geſetze enthalten ſei [88]). Darin liegt nichts mehr und nichts weniger als eine abrogatoriſche Clauſel in Betreff älterer geſetzlicher Beſtimmungen über denſelben Gegenſtand; die Auslegung des neuen Geſetzes ſelbſt wird dadurch nicht berührt, und ungegründet iſt die Meinung, als ſei deßhalb bei dieſem Geſetze eine beſonders ſtrenge Interpretation anzuwenden. Aber allerdings iſt es offenbar des Geſetzgebers Abſicht, die Enterbungsgründe erſchöpfend zu beſtimmen; und über die wahre Willensmeinung deſſelben darf der Ausleger nicht hinausgehen, ohne deßhalb gegen den Geiſt des Geſetzes ſich ängſtlich an den Buchſtaben binden zu müſſen. Daher darf man freilich keine neuen Enterbungsgründe aufſtellen, die unter den im Geſetze gebilligten nach der wahren Abſicht des Geſetzgebers nicht begriffen ſind; aber dieſe ſind nicht durchaus buchſtäblich zu nehmen. So wurde bei I. 6. ſchon angenommen, daß bei dem Enkel daſſelbe Vergehen die gleiche Wirkung habe wie beim Sohne, obwohl nur der Sohn genannt iſt. So darf man ge-

85) L. 22. 23. cf. L. 28. Cod. de inoff. test.

86) L. 155. §. 2. D. de reg. iur. Cf. Nov. 115. cap. 4. in f. — Vgl. Buchholtz, jur. Abh. S. 144 flg. Mühlenbruch a. a. O. S. 171 — 176.

87) Vergl. über die Literatur dieſer Streitfrage Glück, Bd. 7, S. 248, Note 11, 12. Bluntſchli, Erbfolge gegen den letzten Willen, S. 229—232. Franke a. a. O. S. 412—414. Mühlenbruch a. a. O. S. 176—184.

88) Nov. 115. cap. 3. pr.: Praeter illas nulli liceat, ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur.

wiß eben daſelbſt der Blutſchande mit der leiblichen Aſcendentin gleiche Bedeutung beilegen, obwohl nur die Stiefmutter genannt iſt, weil das Verbrechen mit dieſer eher vorkommt; denn das Beſtimmende iſt hier gewiß, die Verletzung, die in dem unerlaubten Umgange mit der Frau des eigenen Aſcendenten liegt. Nicht minder iſt man berechtigt, unter I. 8. auch die durch den Deſcendenten ſelbſt bewirkte Einſperrung in ein Schuldgefängniß zu ſtellen, obwohl eigentlich Niemand ſich für eine eigene Forderung verbürgen kann, und nach I. 2. II. 1. kann nicht blos enterbt werden, wer ſelbſt die Anklage erhoben, ſondern auch wer einen Anderen dazu vorgeſchoben hat [88a]). Uebrigens iſt die ganze Streitfrage von geringerer Bedeutung, als es auf den erſten Anblick ſcheint. Denn der unter II. 2. genannte Enterbungsgrund iſt von ſolch umfaſſender Bedeutung, daß viele der ſtreitigen Ausdehnungsfälle ſchon darunter begriffen ſind [89]).

Die einzelnen Enterbungsgründe ſetzen übrigens überall eine Schuld des zu Enterbenden voraus; denn die Enterbung wird als verdiente Strafe angeſehen. Demnach kann eine gegründete Urſache zur Enterbung nicht angenommen werden, wo es an der erforderlichen Zurechnungsfähigkeit fehlte, um ein Vergehen als ein in ſolchem Grade ſtrafwürdiges zu betrachten; auch nicht, wenn die Handlung, die an ſich einen Enterbungsgrund enthält, durch ungerechte Angriffe von der anderen Seite hervorgerufen, nur als Selbſtvertheidigung erſcheint. Hieraus ergibt ſich auch, daß postumi nach der Nov. 115. nicht giltig enterbt werden können, inſofern nicht im Voraus wegen eines künftig vielleicht erſt eintretenden Enterbungsgrundes die Enterbung für ſtatthaft angeſehen wird. Außerdem wird faſt allgemein angenommen, daß wegen eines von dem Beleidigten einmal vollſtändig verziehenen Vergehens die Enterbung nicht ferner mehr ſtattfinden könne, indem alsdann eine iusta offensionis causa nicht mehr vorhanden ſei [89a]). Dabei ſtreitet man jedoch darüber, ob durch die Ausſöhnung, ſo wie in einigen Fällen (I. 4. 10. 14.) durch anderweitige Beſeitigung der Enterbungsurſache, auch die bereits in einem giltigen Teſtamente ausgeſprochene Enterbung unwirkſam werde [90])? Die Novelle 115. hat nicht die Abſicht, blos formelle Beſtimmungen für die Teſtamentserrichtung zu geben, ſondern will die Gründe für Ausſchließung von der Erbfolge feſtſetzen, und ſchließt ſich in dieſer Beziehung offenbar an das Recht der querela inofficiosi testamenti an. Dabei aber iſt

---

88a) Vgl. Vangerow, Leitfaden, Bd. 2, H. 1, S. 301.

89) Mühlenbruch a. a. O. S. 181, 182. Zu weit geht darin freilich Bynkershök (obs. V. cap. 5), welcher behauptet, daß darunter überhaupt alle anderen Enterbungsgründe enthalten ſeien.

89a) Das Gegentheil vertheidigte in neueſter Zeit Marezoll, Zeitſchr. Bd. 6, H. 2, welchen beiſtimmt Wening-Ingenheim, Lehrb. (5. Aufl.), §. 492, Note z.

90) Noch unter den neueſten Schriftſtellern beantwortet ſie Franke, S. 415, bejahend; Mühlenbruch a. a. O. S. 185, 186 (gegen Glück, Bd. 7, S. 222) verneinend, welchem auch Vangerow, a. a. O. S. 302, beiſtimmt. Vgl. die Literatur bei Glück a. a. O.

das Entſcheidende, ob zur Todeszeit noch ein Grund der Ausſchließung vorhanden ſei [91]). Und wenn nun angenommen wird, daß durch Ausſöhnung ein bisher beſtehender Enterbungsgrund beſeitigt werde, eben ſo wie im Falle I. 10. durch Aenderung der Lebensweiſe, im Falle I. 14. II. 8. durch Bekehrung zur Rechtgläubigkeit, ſo muß dann auch eine früher ſchon erklärte Enterbung nunmehr für rechtswidrig gehalten werden. Aber die Verzeihung muß freilich eine wahre und vollſtändige ſein, und im einzelnen Falle kann allerdings der Umſtand, daß der Teſtator die Enterbung nicht ausdrücklich zurückgenommen hat, zum Beweiſe dienen, daß eine vollſtändige Ausſöhnung nicht ſtattgefunden habe [92]).

Vergleicht man die jetzt angegebenen Beſtimmungen der Novelle 115. mit den älteren Rechtsvorſchriften über Enterbung, ſo zeigt ſich vorerſt, daß jetzt in einem viel weiteren Umfange von einer wahren Enterbung die Rede ſein kann, als nach älterem Rechte. Es haben nämlich nun alle Deſcendenten, und die Aſcendenten, ſofern ſie zunächſt zur Inteſtaterbfolge gerufen wären, einen geſetzlichen Anſpruch darauf, zu Erben eingeſetzt zu werden, wenn der Erblaſſer ein Teſtament errichtet, und nur aus beſtimmten, namentlich anzuführenden und als wahr zu erweiſenden Gründen können ſie ausgeſchloſſen werden; widrigenfalls können ſie gegen das Teſtament als Inteſtaterben auftreten. Wenn nun auch nicht für nothwendig gehalten wird, die Ausſchließung von der Erbfolge mit ausdrücklichen Worten auszuſprechen, ſo kann man doch die in dieſer Abſicht aufgenommene ausdrückliche Anführung eines Enterbungsgrundes, ohne welche jene nicht bewirkt werden kann, füglich eine Enterbung nennen. Eine andere ſehr beſtrittene Frage aber iſt es, wie ſich nun das Recht der Novelle zu dem älteren Rechte über Enterbung der sui heredes praktiſch verhalte? ob dieſe Vorſchriften für dieſe nun auch auf die Enterbung der anderen in dem neuen Geſetze berückſichtigten Perſonen anzuwenden [93])? oder ob dieſelben auch in Anſehung der sui heredes für aufgehoben zu achten und für alle nur eine gemeinſchaftliche Beſtimmung nach der Nov. 115. gelte [94])? oder ob das alte Recht der Exheredation als beſonderes Recht für jene beſondere Claſſe von Deſcendenten noch fortbeſtehe, und nur die Beſtimmung der Novelle als eine neue, den ſämmtlichen Deſcendenten und Aſcendenten gemeinſchaftliche hinzugekommen ſei [95])? Die Frage ſteht in enger Verbindung mit der Unterſuchung

91) Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 281, Note 7.

92) Darauf beziehen ſich Mühlenbruch und Vangerow a. a. O.; aber die Zweifelhaftigkeit der Verſöhnung iſt kein juriſtiſcher Grund gegen die Wirkung der unzweifelhaften Verſöhnung, und unzweifelhaft, d. h. juriſtiſch bewahrheitet, muß dieſe in jedem Falle ſein. Wenn der letzte Schriftſteller hinzufügt, es widerſtreite unſere Anſicht auch dem Grundſatze, daß ein Teſtament nicht durch den bloßen Willen des Teſtators aufgehoben werden könne, ſo paßt dieß nicht hierher, da hier nicht der Wille direct das Teſtament aufhebt. Außerdem paſſen beide Argumente nicht auf die Fälle, in welchen ohne Verzeihung der Enterbungsgrund wegfällt.

93) Puchta, Lehrb. §. 486.

94) Franke, S. 397 flg. Göſchen, Civilrecht, Bd. 3, H. 2, S. 226.

95) Mühlenbruch, Bd. 37, S. 190 flg. Vangerow, Pand. Bd. 2, H. 1, S. 302. Mayer, Erbr. Bd. 1, §. 101, 103, Note 9.

über das Verhältniß der Novelle 115. zu dem älteren Notherbenrechte im Ganzen, und wird daher zweckmäßiger dem Artikel **Notherben** vorbehalten.

An dieſem Orte iſt ſchließlich noch der Fall zu berühren, wenn die Enterbung in guter Abſicht vorgenommen worden iſt (ſogen. exheredatio bona mente). In der Regel liegt der Enterbung eine Abneigung des Teſtators gegen den Enterbten zum Grunde, und von dieſem Geſichtspunkte geht auch offenbar die Novelle 115. aus, indem ſie nur beſtimmte Gründe ſolcher Abneigung als genügend zur Enterbung will gelten laſſen. In mehreren Stellen der Juſtinianiſchen Rechtsbücher wird aber des Falles gedacht, daß ein Teſtator non notae causa, non mala mente ein Kind enterbt, ſondern vielmehr in wohlmeinender Abſicht, um das Beſte deſſelben zu fördern und zu ſichern; non ut eis obsint, sed ut eis consulant [96]). Dieß war nach älterem Rechte unbedenklich, wenn nur die Form der Enterbung beobachtet und der Inhalt der teſtamentariſchen Dispoſition ſo beſchaffen war, daß ſie keinen Grund darbot, das Teſtament als lieblos (inofficiosum) anzufechten; denn die Enterbung als Ausſchließung von der unmittelbaren Erbfolge war ja ohnehin ganz der Willkür des Teſtators anheim gegeben. Aber auch in einem Falle, in welchem nach prätoriſchem Rechte wegen Präterition das Teſtament hätte angefochten werden können, wird die bonorum possessio contra tabulas verweigert, weil die Anordnung des Teſtators im Ganzen auf den eigenen Vortheil des Kindes berechnet war, deſſen Einſetzung oder Enterbung der Regel nach nothwendig geweſen wäre [97]). Und in einem anderen Falle wird die querela inofficiosi testamenti für unanwendbar erklärt, wenn der Einſetzung eines Kindes eine Bedingung hinzugefügt iſt, durch welche der Vortheil deſſelben bezweckt wird, wenn gleich ſie ihrer allgemeinen Natur nach eine ſolche iſt, wegen deren dem Teſtamente wohl der Vorwurf der Liebloſigkeit gemacht werden könnte [98]). In dieſen verſchiedenen Stellen iſt unleugbar der Gedanke anerkannt, daß eine auf das wahre Beſte des Notherben abzweckende teſtamentariſche Verfügung, wenn gleich ſie ſonſt der Regel nach eine Verletzung der über die Berückſichtigung der Notherben geltenden Beſtimmungen enthalten würde, doch als wirkſam aufrecht zu erhalten ſei [99]). Da nun die Novelle 115. augenſcheinlich dieſen Fall gar nicht berückſichtigt, ſondern nur die gehäſſige Enterbung oder Präterition an ſtrengere Bedingungen gebunden haben will, ſo iſt man berechtigt, die Enterbung in guter Abſicht auch jetzt noch für zuläſſig zu halten, wenn gleich keiner von den geſetzlichen Enterbungsgründen vorliegt. Und dieſes iſt denn auch von jeher die herrſchende

---

96) L. 18. D. h. t. L. 12. §. 2. D. de bonis libert. (38. 2.) Cf. L. 16. D. de curator. fur. (27. 10.)

97) L. 16. D. de bon. poss. c. tab. (37. 4.)

98) L. 25. Cod. de inoff. test. (3. 28.)

99) Nur die Verſäumung der nach dem alten Civilrechte erforderlichen Enterbungsform mag wohl immer als Grund der Ungiltigkeit des Teſtamentes angeſehen worden ſein, indem dabei nicht eine ſolche Nachſicht, wie nach L. 16. cit. bei der prätoriſchen Erbfolge, anwendbar war.

Meinung geweſen. Zwar iſt dieſelbe nicht unbeſtritten, und hat ſelbſt noch in der neueſten Zeit einige namhafte Gegner gefunden[100]), iſt aber gegen dieſe Angriffe auch ſchon mit Erfolg wieder in Schutz genommen worden[101]).

Arndts.

Entführung (crimen raptus). So ſelten Fälle der Entführung bei uns zur richterlichen Cognition und Beſtrafung kommen, ſo controvers ſind die meiſten dieſes Verbrechen betreffenden Lehrſätze: ein Umſtand, der ſowohl in der eben erwähnten Seltenheit, welche eine beſtimmte Ausbildung der Praxis nicht geſtattete, als in der Beiläufigkeit ſeinen Grund zu haben ſcheint, mit welcher die ſpätere Geſetzgebung in ihren Modificationen des hier ziemlich ſpeciellen Juſtinianiſchen Rechtes dieſes Verbrechen behandelte. Erſt die neuere Territorialgeſetzgebung hat ſich genauer, ja z. B. ſehr ausführlich (wie die ſächſiſche), über daſſelbe ausgeſprochen; Seiten der Doctrin iſt weniger aus dem Standpunkte der Criminalpolitik[1]), als der reinen Dogmatik, und weniger in Monographien[2]), als in den betreffenden Abſchnitten umfaſſenderer Handbücher in dieſer Beziehung geleiſtet worden.

Der richtigſte Geſichtspunkt, unter welchen das Verbrechen der Entführung zu ſtellen iſt, ſcheint der eines Eingriffes in die perſönliche Freiheit zu ſein[3]).

Die Grundſätze, welche das römiſche Recht vor Conſtantin über Entführung enthielt, ſind nur ſehr mangelhaft aus wenigen Quellenſtellen[4]) zu erkennen, welche über den Thatbeſtand der Entführung ſo gut wie gar keinen Aufſchluß geben und blos zeigen, daß man dieſelbe nach der lex Julia de vi ſtrafte. Conſtantin aber gab im Jahre 317 eine beſondere Verordnung[5]) über dieſes Verbrechen, welche ſich durch Härte,

---

100) Unterholzner, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 52, 53, vorzüglich aber Franke a. a. O. S. 422—444.

101) Siehe vorzüglich Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37, S. 391—465. Vgl. Göſchen, Civilr. Bd. 3, H. 2, S. 233—236.

1) Nur Tittmann's Beiträge zur Lehre von dem Verbrechen gegen die Freiheit, insbeſondere vom Menſchenraube und der Entführung, würden dieſem Standpunkte, wenn gleich gegen die Abſicht des Verfaſſers, zu vindiciren ſein.

2) Die ältere Literatur ſ. bei Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes, S. 673 flg. Von neueren Monographien iſt nur Blümner (de raptu, eine leipziger Diſſ. von 1788) zu erwähnen; denn Chotin (de crimine raptus, eine Genter Diſſ., Tornaci 1825, 4.) iſt wenigſtens für das römiſche Recht ſehr unbedeutend, und über Heßler ſ. Wächter, Lehrb. Bd. 2, S. 27. — Wichtig iſt ein Aufſatz von Hepp, im Archiv für Criminalrecht, Bd. 14, H. 4, Nr. 21; höchſt bedeutend, namentlich für das Geſchichtliche, Wächter, in ſeinen Abhandlungen aus dem Strafrechte ꝛc., Bd. 1 (Leipzig 1835), S. 41 flg.

3) Denſelben erkennen auch z. B. das bayerſche, würtembergiſche, ſächſiſche StGB. an; die ältere Doctrin ſubſumirte die Entführung unter die Fleiſchesverbrechen, einige Neuere, unter ihnen Wächter, behandelten ſie als Unterart des crimen vis. S. aber Abegg, Lehrb. §. 274.

4) L. 5. §. 2. L. 6. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.) L. un. C. de rapt. vir. (9. 13.)

5) L. 1. Cod. Th. 9. 24.

ja Grauſamkeit der darin angedrohten Strafen (Feuertod dem Entführer und der freiwillig folgenden Entführten in den Mund Gießen geſchmolzenen Bleies, den Beiſtand leiſtenden Ammen, anderen Sclaven in demſelben Falle Feuertod, und Deportation den connivirenden parentes oder ſonſtigen Gehilfen) auszeichnet, und für die Beurtheilung des Thatbeſtandes einen doppelten Geſichtspunkt (Verletzung der Familiengewalt der parentes — Gewalt gegen die Entführte ſelbſt) aufſtellt, nach dem Zwecke aber (ob Unzucht — ob Erpreſſung der Ehe) keinen Unterſchied macht. Die Praxis umging, ſpätere Geſetzgebung änderte dieſes exorbitante Geſetz, theils durch Milderung des Feuertodes in die Strafe des Schwertes[6]), theils durch Beſchränkung der Verjährung auf fünf Jahre für den Fall, daß der Entführer die Entführte heurathe[7]); dagegen ſprach Conſtantin nur eine, ſich faſt von ſelbſt verſtehende Conſequenz des Conſtantiniſchen Geſetzes in der Beſtimmung aus, daß auch eine Nonne, ſelbſt in dem Falle nachmaliger Genehmigung, Object der Entführung ſein könne[8]), und Jovianus brachte eine Inconſequenz in die Geſetzgebung, indem er die Strafen der Entführung auch für den Verſuch, eine Nonne zur Ehe oder zur Unzucht zu verleiten, androhte[9]). Juſtinian — abgeſehen davon, daß ihn beſondere Rückſicht auf die Kloſterjungfrauen beſtimmt zu haben ſcheint, nicht blos die eben gedachte Vorſchrift des Jovianus in ſeinen Codex aufzunehmen[10]), ſondern auch ſein eigenes ſogleich zu erwähnendes Geſetz in ſpecieller Anwendung auf dieſelben zu wiederholen[11]) — erließ 528 eine das frühere Recht aufhebende Verordnung[12]), in welcher er ſehr verſchiedene Geſichtspunkte (Verletzung der Familiengewalt, Entziehung des Schutzes des Staates oder Angehöriger, Gefahr für weibliche Ehre oder wirklicher Zwang in Bezug auf dieſe) vereinigte, ſo daß die Entführung nach ihm beſteht in der Bemächtigung einer ehrbaren Frauensperſon, durch welche dieſelbe in die Gewalt eines Mannes kommt, entweder wider ihren eigenen Willen, oder doch ohne Einwilligung derjenigen, von denen ſie abhängig iſt[13]), und zwar zum Zwecke, dieſe Gewalt entweder zur Verleitung zur Unzucht oder zur Erzwingung der Ehe zu benutzen. Die Strafe iſt Tod durch das Schwert und Vermögensverluſt; Milderungsgründe liegen wenigſtens in der Erbietung zur Ehe, oder in dem Unter-

---

6) L. 2. eod.
7) L. 3. eod.
8) L. 1. Cod. Th. 9. 25.
9) L. 2. Cod. Th. 9. 25.; eine Beſtimmung, welche durch die Herabſetzung der letzteren Strafe auf Deportation und Vermögensconfiscation (durch Honorius und Theodoſius 420, L. 3. eod.) gemildert wurde.
10) L. 5. C. de episc. et cler. (1. 3.)
11) L. 54. eod. Vgl. Nov. 123. cap. 43. Die Beſtimmungen der letzteren ſind auch im canoniſchen Rechte adoptirt. Caus. XXVII. qu. 1. can. 30.
12) L. un. C. de rapt. virg. (9. 13.)
13) Nicht blos der parentes, ſ. Wächter a. a. O. S. 55 flg., welcher ebendaſelbſt auch über die ſehr beſtrittenen Fragen: ob die Wegführung einer einwilligenden Wittwe zum Zwecke der Ehe, und die Entführung der eigenen Braut nach römiſchem Rechte ſtrafbar ſei, ſpricht, und die erſtere bejaht, hinſichtlich der letzteren aber gegen die gewöhnliche Anſicht nachweiſt, daß Juſtinian dieſen Fall nicht beſonders berührt habe.

bleiben der Unzucht nicht, doch macht ſich die Entführte als ſolche auch keiner Theilnahme an dem Verbrechen ſchuldig; die Befugniß gewiſſer Perſonen, den Entführer bei der That geradezu zu tödten, iſt auf die Bedingungen der Nothwehr zu beſchränken [14]). — Das canoniſche Recht hält im Allgemeinen den Standpunkt des römiſchen feſt [15]), ſchließt aber, wahrſcheinlich in Folge der überhaupt in ihm vorwaltenden Begünſtigung der Ehe, zwei Fälle der zum Zwecke der letzteren geſchehenen Entführung von dem Begriffe des Verbrechens aus: die Entführung der eigenen Braut oder eines anderen einwilligenden Mädchens, nach vorhergegangener, wenn gleich wider Willen der Eltern, geſchehener Verlobung [16]); außerdem iſt die Todesſtrafe in der Regel auf kirchliche oder doch gelindere weltliche Strafen reducirt [17]). — Die C. C. C. ſpricht nur in ſehr beſchränkter Maße von der Entführung [18]).

Nach gemeinem teutſchen, auf die angeführten Quellen ſich gründenden, Rechte iſt unter Entführung zu verſtehen eine ſolche widerrechtliche Entfernung einer unbeſcholtenen Frauensperſon durch einen Mann, in Folge deren ſie entweder wider ihren oder doch wider den Willen derer, deren rechtlicher Gewalt ſie unterworfen iſt, auf eine die weibliche Ehre gefährdende Weiſe in des Entführers Gewalt gekommen iſt: eine Bemächtigung und Entfernung, welche zum Zwecke der Unzucht oder der Erzwingung der Ehe geſchieht. Es kann alſo 1) Subject des Verbrechens nur ein Mann, 2) Object deſſelben nur eine Frau ſein; die Familienabhängigkeit der letzteren iſt durch die C. C. C. auf das Verhältniß der Ehefrau zum Ehemanne, und der Haustochter zum Vater beſchränkt, ſo daß nur bei dieſen es nicht auf ihren Diſſens [19]), ſondern auf den der

---

14) Abegg, Unterſuchungen ꝛc. S. 178 flg. — Heffter geht in ſeinem Lehrbuche, §. 461, Note 1, noch weiter, indem er in der bezüglichen Stelle der L. un. h. tit. die Andeutung eines höchſt ſummariſchen Verfahrens vor Gericht findet, und alſo die Nothwendigkeit einer obrigkeitlichen Concurrenz ſtatuirt. Vgl. Wächter a. a. O. S. 66.

15) Die Unhaltbarkeit der Ausdehnung, welche Gratian in caus. XXXVI. qu. 1. dem Verbrechen der Entführung geben will, iſt von Wächter a. a. O. S. 67 flg. dargethan.

16) Caus. XXXVI. qu. 2. can. 5. — Cap. 6. X. 5. 17.

17) Caus. XXXI. qu. 1. c. 3. qu. 2. c. 1. 4. — Cap. 4. X. 5. 17.

18) Art. 118: Straff derjenigen, ſo Eheweiber oder Jungfrauen verführen. So einer jemand ſein Eheweib oder eine unverleumbde Jungfrauen wider des Ehemanns oder des ehelichen Vatters Willen einer unehrlichen Weiß entführtt, darum mag der Ehemann oder Vatter, unangeſehen, ob die Ehefrau oder Jungfrau ihren Willen darzu gibt, peinlich klagen, und ſoll der Thäter, nach Satzung unſerer Vorfahrn, und unſer Kayſerlichen Rechten, darumb geſtrafft und derhalben bei den Rechtsverſtändigen Raths gebraucht werden.

19) Nur in dem Falle würde ihr Widerſpruch die Annahme einer Entführung rechtfertigen, wenn Vater oder Ehemann pflichtvergeſſen einwilligen, weil dieſe Pflichtverletzung den Begriff der Abhängigkeit in ſo weit aufhebt; ſ. Abegg, Lehrbuch S. 380. — Hepp, a. a. O. S. 986, nimmt dieß nur bei der Ehefrau an. — Daß im entgegengeſetzten Falle (Conſens der Entführten, Diſſens der genannten Perſonen) Entführung nicht vorhanden ſei, behaupten von Neueren nur Henke und Tittmann.

genannten Perſonen ankommt, von denen ſie abhängig ſind. Dagegen iſt andererſeits die Wegführung eines in dieſer Weiſe nicht familienabhängigen Frauenzimmers, wenn es freiwillig folgt, ſo wenig, als die einer elternloſen fremden Braut unter derſelben Vorausſetzung als Entführung zu beſtrafen, wenn auch im erſteren Falle der Vormund, im letzteren der Bräutigam nicht eingewilligt haben [20]). Da die Wegführung der eigenen Braut (wider ihren Willen), wenn ſie die Eingehung der Ehe bezweckt, von der C. C. C. übergangen, von dem canoniſchen Rechte gegen das römiſche aber für ſtraflos erklärt iſt, ſo kann dieſelbe nur, wenn ſie zum Zwecke außerehelicher Geſchlechtsgemeinſchaft geſchieht, für Entführung angeſehen werden [21]). Hinſichtlich der Kloſterfrauen ſcheint [22]) in der C. C. C. darum nichts beſtimmt zu ſein, um Landesgeſetzgebungen nicht vorzugreifen. 3) Zweck und Richtung der verbrecheriſchen Handlung iſt durch die vielfach gedeuteten Worte der C. C. C. „unehelicher Weiſe" jedenfalls nicht auf die Abſicht der Unzucht zu beſchränken, da wenigſtens die Wegführung einer Widerſtrebenden zum Zwecke der Ehe unter den Geſichtspunkt der Entführung fällt [23]), wenn gleich das abweichende canoniſche Recht nicht ohne Einfluß auf die Abfaſſung des betreffenden Artikels der C. C. C. geweſen ſein mag [24]). 4) Die Handlung ſelbſt beſteht in einem Wegführen von dem derzeitigen Aufenthaltsorte — Zurückhalten reicht ſo wenig hin, als andererſeits das Bringen an einen entfernten Ort nöthig iſt [25]) — und kann, wo es ſich um die mangelnde Einwilligung der Entführten ſelbſt handelt, wenigſtens durch Liſt oder Betrug allein nicht ausgeführt werden, wiewohl ſchon das gewaltſame Zurückhalten der durch Liſt Entführten hinreicht [26]). Conſummirt iſt daher die Entführung, wenn die Entführte ſich ſo in der Gewalt des Entführers befindet, daß ihm die Erreichung ſeiner Abſichten möglich iſt; das wirkliche Erreichen iſt nicht erforderlich. — Als gemeinrechtliche Strafe iſt, da die C. C. C. auch auf den Rath der Rechtsverſtändigen verweiſt,

---

20) S. Wächter, Lehrbuch, Bd. 2, S. 33 flg., Note c u. e. — Einige Aeltere, wie Kreß (ad h. art. C. C. C.) und Blümner, laſſen auch den Diſſens der Verwandten und Vormünder, oder doch wenigſtens, wie Böhmer, den der Mutter gelten; ihnen folgt Heffter, Lehrb. §. 459 flg.

21) S. Wächter, Abhandlungen, S. 75. Vgl. Hepp a. a. O. S. 490.

22) Wie Wächter a. a. O. S. 83, nach Roßhirt's Vorgange (Lehrb. §. 209) darlegt und Abegg a. a. O. S. 380, gleichfalls annimmt.

23) Blos auf die Art der Wegführung, gar nicht auf die Abſicht will ſie Tittmann bezogen wiſſen, in ſeinen Beiträgen zur Lehre von dem Verbrechen gegen die Freiheit, S. 41 flg.

24) Dieß vermuthet namentlich Biener, im Archiv des Cr.-R., Bd. 10, S. 606.

25) Jenes behauptete ſogar Feuerbach, dieſes widerlegte ſchon Leyſer (medit. spec. 593. med. 10). Vergl. Wächter, Abhandl. S. 93 flg. Den Umfang der Handlung bezeichnet ſehr genau Mittermaier zu Feuerbach (13. Ausg.), S. 374, Note I.

26) Mehrere, wie namentlich Feuerbach §. 257, nehmen zwei Arten der Entführung, durch Betrug und durch Gewalt, an. S. hierüber Wächter, Lehrb. Bd. 2, S. 33, Note 32. Daß auf Ueberredungskünſte, Schmeicheleien hierbei kein Werth zu legen ſei, zeigt jedoch ſchon Feuerbach a. a. O. Note a.

nicht unbedingt die Strafe des Schwertes und der Vermögensconfiſcation anzuſehen, welche das römiſche Recht vorſchreibt, ſondern dem canoniſchen Rechte wenigſtens der Einfluß auf dieſelbe zuzugeſtehen, daß bei nachfolgender Ehe der Betheiligten nur eine außerordentliche Strafe eintritt[27]). Das römiſche Recht wird aber bei dem Stillſchweigen der C. C. C. Anwendung finden in Betreff der Strafe, welche die freiwillig folgende, familienabhängige Frauensperſon trifft: Verſuch und Theilnahme ſind nach allgemeinen Grundſätzen des einheimiſchen Rechtes zu beſtrafen.

Von dieſen Grundſätzen wich und weicht die gemeinrechtliche Praxis in Teutſchland vielfach ab, indem ſie theils ſtrenger (in Ausdehnung des Begriffes einer unverleumdeten Frauensperſon, in Einſchreiten von amtswegen), theils milder (blos außerordentliche Strafe bei Entführung zum Zwecke der Ehe, bei nicht verübter Unzucht u. dgl.) war; die Todesſtrafe kam allmälig und insbeſondere ſeit der Mitte des 18. Jahrhunderts ganz ab, und an ihre, ſo wie an die Stelle der ſchon früher unterbliebenen Vermögensconfiſcation trat eine zeitliche Freiheitsſtrafe[28]). Dieſe letztere Strafe in mehrfachen Abſtufungen iſt auch in faſt allen neueren Particulargeſetzgebungen anerkannt[29]). Die Entführung einer Einwilligenden bedroht das öſterreichiſche Geſetzbuch, Art. 81, mit ſchwerem Kerker von 6 Monaten bis 1 Jahr (wenn ſie mündig iſt); das würtembergiſche StGB., Art. 278, mit Gefängniß (wenn ſie über 16 Jahr alt iſt); das ſächſiſche CGB., Art. 148, mit 2—8 Monaten (wenn ſie über 14 Jahr alt iſt und im elterlichen Hauſe lebt oder verheurathet iſt, zum Zwecke der Unzucht entführt), und Art. 153, 1—3 Monate Gefängniß (bei gleichem Alter zum Zwecke der Ehe); das preußiſche LR., §. 1100, 6 Monate bis 2 Jahr Gefängniß (zum Zwecke der Ehe); das bayerſche Geſetzbuch von 1813 erklärt die Entführung durch Einwilligung bei Perſonen über 12 Jahr für ausgeſchloſſen; das braunſchweigiſche CGB. in Art. 171 ſetzt (bei einer Ehefrau oder einer über 15 Jahr alten ledigen Perſon) Zwangsarbeit nicht unter 1 Jahr, wenn aber letzterenfalls die Entführung zum Zwecke der Ehe geſchah, Gefängniß von 6 Monaten bis 1 Jahr feſt[30]). Den Fall der Nichteinwilligung und den der Entführung einer

27) Inwiefern aus den Worten der C.C.C. in Verbindung mit der Abweichung von der Bambergenſis, welche eine abſolute Straffatzung enthält, die angedeutete Modification zu folgern ſei, zeigen namentlich Wächter, Abhandl. S. 85 flg., und Abegg a. a. O. S. 382; erſterer vertheidigt auch die Anwendbarkeit der Vermögensconfiſcation, letzterer verbreitet ſich S. 383 noch weiter über den Umfang des Klagerechtes wegen Entführung.

28) S. auch hierüber Wächter a. a. O., der daſelbſt auch eine der bedeutendſten älteren Territorialgeſetzgebungen über dieſen Gegenſtand, die der ſächſiſchen constitut. electorales von 1572 (C. ined. 19.) genauer darſtellt.

29) Nur in dem ſardiniſchen Geſetzbuche (Art. 334) iſt die gewaltſame Entführung einer Nonne mit Todesſtrafe bedroht. — Der Code pénal ſetzt (Art. 354) auf enlèvement des mineurs im Allgemeinen peine de la reclusion (5—10 Jahre); iſt die Entführte unter 16 Jahr, ſo treten travaux forces à temps (5—20 Jahre), und bei der Entführung einer Einwilligenden, je nachdem der Entführer 21 Jahr alt oder jünger iſt, dieſelbe Strafe oder emprisonnement (2—5 Jahre) ein. Art. 355, 356.

30) Die drei neueren bayerſchen Entwürfe nehmen als Grenzpunkt des Al-

unerwachſenen, wenn gleich einwilligenden Perſon behandeln das braunſchweigiſche Geſetzbuch a. a. O., das öſterreichiſche Geſetzbuch (§. 81 — unmündige Perſon), das würtembergiſche (Art. 278 — Perſonen unter 16 Jahren) als gleich ſtrafbar, und zwar droht das erſte im Allgemeinen Zuchthausſtrafe, das zweite ſchweren Kerker von 5—10 Jahren, das dritte 6 Monate Arbeitshaus bis 8 Jahre Zuchthaus. Das ſächſiſche CGB. trennt dieſe beiden Fälle, und beſtraft, wenn die Entführung zum Zwecke der Unzucht geſchah, den erſteren mit 1—4 Jahre Zuchthaus zweiten Grades, den zweiten (Perſonen unter 14 Jahren) mit 1—3 Jahre Gefängniß, bei erreichter Abſicht mit 1—3 Jahre Arbeitshaus (Art. 148, 149); wenn die Entführung zum Zwecke der Ehe geſchah, gleichfalls mit 1—3 Jahre Arbeitshaus (Art. 152, 153). Das preußiſche CR., §. 1095, bedroht den erſteren Fall, bei beabſichtigter Entehrung, mit 2—3 Jahre Zuchthaus, bei vollbrachter Entehrung mit 8 Jahre Feſtung; derſelbe iſt im bayerſchen Geſetzbuche, Art. 203, mit 1—4 Jahre, 4—8 Jahre Arbeitshaus belegt[31]). — Die Ausdehnung des Begriffes der Entführung in der Maße, daß ſie auch an Männern verübt werden kann, iſt dem bayerſchen, dem würtembergiſchen und dem ſächſiſchen Geſetzbuche eigenthümlich.

H. Schletter.

Erbeinſetzung (heredis institutio)[1]) iſt die letztwillige Verfügung, durch welche Jemand zur Erbſchaft berufen wird; und zwar wird darunter nach der engeren und eigentlichen Bedeutung des Wortes E r b e regelmäßig nur die Ernennung eines unmittelbaren Nachfolgers in die Geſammtheit des Vermögens verſtanden, directe Erbeinſetzung[2]). Dieſe kann nur in einem Teſtamente geſchehen, und Ernennung eines Erben iſt zugleich weſentlicher Inhalt eines Teſtamentes, ſo daß kein Teſtament möglich iſt ohne Erbeinſetzung, wie keine Erbeinſetzung ohne Teſtament. Was nun überhaupt zur Errichtung eines Teſtamentes erforderlich, das iſt an einem anderen Orte dieſes Werkes auszuführen[3]). Hier aber iſt näher zu betrachten, was die Erbeinſetzungen unmittelbar angeht, und da fragt

ters verſchiedene Jahre: 12 (der von 1822), 15 (der von 1827), 14 (der von 1831) an, und ſetzen Arreſtſtrafe, im Maximum von 3 Monat; der badiſche E. droht (wenn die Einwilligende über 16 Jahr, aber unter 21 Jahr alt iſt) Kreisgefängniß bis 1 Jahr oder Arbeitshaus.

31) Die gedachten bayerſchen Entwürfe ſetzen 4, reſp. 5 Jahr Arbeitshaus als Maximum und faſſen beide Fälle unter einen Geſichtspunkt; der badiſche E. droht 3 Monate bis 1 Jahr Kreisgefängniß oder Arbeitshaus, bei erreichtem Zwecke bis zu 8 Jahr Zuchthaus.

1) Inst. de heredibus instituendis. (2. 14.) Dig. de heredibus instituendis. (28. 5.) Cod. de heredibus instituendis et quae personae heredes instituі non possunt. (6. 24.) M ü h l e n b r u c h ' s Fortſetzung von G l ü c k ' s Erläuterung der Pandekten, Bd. 39, S. 116, bis Bd. 40, S. 247.

2) Vgl. Ulp. XXII. 11: D i r e c t o heres institui. Cai. II. 248: R e c t o i u r e heres instituatur. L. 5. Cod. de impuberum et al. subst. (6. 26.): Directae substitutiones. Den Gegenſatz bildet das Univerſalfideicommiß, das man als indirecte, fideicommiſſariſche, Erbeinſetzung bezeichnen könnte.

3) Vgl. den Art. T e ſ t a m e n t.

ſich denn vor Allem, I) welche Perſonen giltig zu Erben eingeſetzt werden können?

Die Fähigkeit zum Erben eingeſetzt zu werden, heißt den Römern testamenti factio, in der modernen juriſtiſchen Kunſtſprache insbeſondere testamenti factio passiva, zur Unterſcheidung von der Fähigkeit, ſelbſt ein Teſtament zu errichten, welche ebenfalls testamenti factio (bei den Neueren activa) genannt wird. Jene Inſtitutionsfähigkeit aber iſt noch zu unterſcheiden von der Fähigkeit, kraft teſtamentariſcher Berufung eine Erbſchaft zu erwerben, capere posse hereditatem (legata), ius capiendi, daher capacitas, Erwerbfähigkeit. Natürlich kann dieſe nicht beſtehen ohne Vorausſetzung jener, und auch der giltig Eingeſetzte kann die Erbſchaft nicht ex testamento erwerben, capere, wenn er jene Fähigkeit zur Zeit, da der Erwerb ſtattfinden ſoll, nicht mehr hat. Es iſt daher ſehr erklärlich, daß wohl auch das Vorhandenſein der testamenti factio durch capere posse bezeichnet wird[4]), und es iſt nicht auffallend, daß von ſolchen, welchen die testamenti factio fehlt, auch wohl nur geſagt wird: eos capere non posse, capere prohiberi[5]). Die Verſchiedenheit beider Begriffe aber zeigt ſich darin, daß ein ſolcher, der blos incapax iſt, wohl giltig zum Erben eingeſetzt werden kann, während der Mangel der testamenti factio die Möglichkeit giltiger Erbeinſetzung völlig ausſchließt. So waren nach der lex Julia et Papia Poppaea die Ehrloſen, nach der lex Junia Norbana die Latini Juniani unfähig, teſtamentariſche Erbſchaften zu erwerben; ſie konnten aber allerdings giltig zu Erben eingeſetzt werden; es fehlte ihnen nicht testamenti factio, obwohl den Latinen durch beſondere Beſtimmung auch die Möglichkeit, ein Teſtament zu errichten, genommen war. Erſt dann, wenn ſie als eingeſetzte Erben die Erbſchaft erwerben wollten, wurde gefragt, ob ſie jetzt erwerbfähig ſeien, und ſie wurden zum Erwerbe ſogar noch zugelaſſen, wenn nur innerhalb der feſtgeſetzten Antretungs= (Cretions=) Friſt oder eines Zeitraums von hundert Tagen nach Delation der Erbſchaft der

4) §. 4. J. de hered. qualitate (2. 19.): Testamenti factionem... habere videtur... etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii adquirere. Cf. Cic. pro Caecina cap. 35. L. 73. §. 1. D. de legat. I.

5) L. 1. Cod. h. t. Ulp. XVII.1. Cai. II. 110. Wenn der Letztere ſich ausdrückt: es ſei den Soldaten erlaubt, peregrinos et latinos instituere heredes vel iis legare, cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legatave, latini vero per legem Juniam, ſo wollte er damit ſagen, daß die genannten Perſonen auch ohne Veränderung ihres jetzigen Status kraft der Erbeinſetzung Erben des Soldaten werden könnten, vergl. L. 5. Cod. de test. milit. (6. 21.), gegen die ſonſt geltende Regel, zu deren Bezeichnung er ſich daher des für beide paſſenden Ausdruckes bedient: capere prohibentur; denn giltig einſetzen konnte den Latinus auch jeder Andere, der nicht Soldat war. Vgl. die folg. Anm. Hiernach ſchließt die Geſtattung, gewiſſe Perſonen zu Erben einzuſetzen, wohl auch die Anerkennung ihrer Erwerbfähigkeit in ſich. L. 13. §. 2. D. de test. milit. Vgl. Anm. 8. Einmal findet ſich auch der Ausdruck libera testamenti factio est, wo nur geſagt werden ſoll, daß vir et uxor inter se solidum capere possunt. Ulp. XVI. 1.

Mangel der Capacität beſeitigt worden [6]). Die Einſetzung des blos Erwerbunfähigen iſt alſo nicht pro non scripta; ſie iſt nur erfolglos für den Eingeſetzten, wenn er nicht ſpäter erwerbfähig wird. Die Einſetzung desjenigen aber, cum quo non est testamenti factio, iſt von Anfang an nichtig; das Teſtamentsgeſchäft kann mit einem ſolchen [7]) oder in Beziehung auf ihn als eingeſetzten Erben nicht giltig vollzogen werden, und wenn auch derſelbe ſpäterhin die Fähigkeit erlangt, ſo kann er doch nicht vermöge der urſprünglich ungiltigen Erbeinſetzung Erbe werden. Zur Zeit der Teſtamentserrichtung wird testamenti factio des Eingeſetzten erfordert, ut constiterit institutio; ſie muß dann auch, ut effectum habeat institutio, im Zeitpunkte des Erbanfalles und von da an bis zum wirklichen Erwerbe vorhanden ſein [8]). Dieſe Regel gilt wie für unbedingte, ſo auch für bedingte Erbeinſetzungen, bei welchen nur der Zeitpunkt des Erbanfalles ein anderer ſein kann, wie bei jenen [9]). Die Annahme, daß ein ſolcher, cum quo non est testamenti factio, unter Bedingung doch giltig zum Erben eingeſetzt werde, würde eigentlich einen Widerſpruch in ſich ſchließen. Gleichwohl wird von Manchen behauptet, die Einſetzung eines gegenwärtig Unfähigen ſei wenigſtens dann giltig, wenn ſie ausdrücklich auf den Fall, daß dieſer künftig fähig werde, geſtellt

---

6) Ulp. XX. 1—3. vgl. mit XI. 16. XX. 8. 14. XVII. 1. Cai. II. 111. 144. 286. I. 23. 24. Cf. L. 52. D. de legat. II.

7) Vgl. §. 10. J. de test. ord. (2. 10.): Totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi, ſo wie ſonſt inter testatorem et familiae emtorem, der urſprünglich ſelbſt der Erbe war. Cai. II. 105.

8) L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. h. t. §. 4. J. de hered. qual. Cf. L. 201. 210. D. de reg. iur. Es iſt wieder beſonderes Recht der Soldatenteſtamente, daß die Erbeinſetzung eines ſolchen, der zur Zeit ſelbſt vom Soldaten nicht giltig zur Erbſchaft berufen werden kann, convaleſcirt, wenn jener nur ſpäterhin dieſe Fähigkeit erlangt; z. B. ſogar die Einſetzung eines servus poenae, wenn dieſer nur mortis tempore in civitate oder vielmehr talis inveniatur, ut a milite institui poterit. L. 13. §. 2. D. de test. milit. (29. 1.) Denn der Peregrinus kann auch als ſolcher ex testamento militis erben. L. 5. Cod. de test. milit. Anm. 5.

9) L. 49. cit. in f.: Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia tria tempora inspicimus, alſo auch bei der bedingten Erbeinſetzung das tempus facti testamenti. Cf. L. 59. §. 4. cit.: Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus .... redierit ... quo tempore conditio existit, sc. si sub conditione institutus est. Man hat zwar, indem man die regula Catoniana gegen den Ausſpruch der L. 3. D. de reg. Cat. auch auf die Erbeinſetzung übertrug, in L. 4. D. ibid. vgl. mit L. 41. §. 2. in f. D. de legat. I. den Beweis finden wollen, daß bei bedingter Erbeinſetzung zur Zeit der Teſtamentserrichtung testamenti factio nicht erfordert werde. Vgl. Donell. comment. lib. VI. cap. 17. §. 30. Allein daß die Catonianiſche Regel die auch bei bedingten Legaten erforderliche Erbfähigkeit gar nicht berühre, iſt dargethan von Arndts, im rhein. Muſ. Bd. 5, S. 209—215, und wie, wenn man dieſer Anſicht auch nicht beiſtimmt, doch L. 4. cit. anders zu erklären ſei, iſt gezeigt worden von Müller, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 14, S. 281, und beſonders von Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39, S. 138—144.

ſei[10]). Dieſe Behauptung gründet ſich auf **L. 62. pr. D. de heredibus instit.**[11]) Allein es liegt ſehr nahe, dieſe Stelle auf den Fall blos mangelnder Capacität zu beziehen, ſo daß dadurch das Erforderniß der testamenti factio für die Zeit der Teſtamentserrichtung nicht berührt iſt[12]). Da es vorkommen kann, daß Jemand, der giltig eingeſetzt iſt, doch bei Eröffnung der Erbfolge zu erwerben unfähig ſei, ſo iſt man nicht berechtigt, in der Anerkennung der Giltigkeit einer Erbeinſetzung in tempus capiendae hereditatis eine Ausnahme von der Regel zu finden, daß ein zur Zeit Einſetzungsunfähiger nicht eingeſetzt werden könne[13]); zumal auch darin immer noch eine benevolentia iuris liegt, daß die Erwerbfähigkeit nicht unbedingt in dem Zeitpunkte der Delation oder in dem geſetzlich beſtimmten Zeitraume nach derſelben, in welchem ſie der Regel nach vorhanden ſein müßte, erforderlich ſein ſoll, ſondern vielmehr dem Teſtator geſtattet wird, die Delation auf den Zeitpunkt ſpäter eintretender Erwerbfähigkeit hinauszuſchieben[14]). Freilich ſind die obengenannten eigenthümlichen Fälle bloßer Incapacität im Juſtinianiſchen Rechte weggefallen[15]), und man könnte daher wahrſcheinlich finden, daß die Compilatoren deſſelben der **L. 62. pr. cit.** eine andere Bedeutung beigelegt ha-

---

10) Dieſe von älteren Schriftſtellern faſt allgemein angenommene Meinung vertheidigen jetzt noch unter Anderen Mayer, Erbrecht, Bd. 1, S. 45, und Mühlenbruch a. a. O. S. 145—157.

11) In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est, veluti: Lucius Titius quum capere potuerit heres esto. Idem et in legato.

12) Aeltere Schriftſteller, die dieſes annehmen, ſind namentlich Bachov ad Treutler. II. 11. thes. 3. in f. Vinnius ad pr. et §. 9. J. de hered. instit. (welcher ſagt: Qui tamen casus [L. 62. cit.] a doctioribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid, quales sunt orbi, coelibes). Chesi interpretat. iur. I. cap. I. (in Heineccii iurispr. Rom. et Att. II. p. 5 sq.). Voet ad pand. XXVIII. 5. §. 22. Pothier, pand. Just. n. 183. in f. In neueſter Zeit haben ſich dafür ausgeſprochen Müller, Natur der Schenkung auf den Todesfall, S. 86. Haſſe, im rhein. Muſ. Bd. 3, S. 413. Arndts, daſ. Bd. 5, S. 212. Vangerow, über die Latini Juniani, S. 113, 114, u. Leitfaden für Pand. Bd. 2, S. 84, 88. Puchta, Lehrb. §. 464, Note w.

13) Zwar glaubt Mayer, a. a. O., es müſſe hier, wie ſonſt, im Zweifel die allgemeinere Bedeutung von capere beibehalten werden, wornach es auch die Einſetzungsfähigkeit begreift. Allein capere hereditatem posse bedeutet an ſich eigentlich nie die Fähigkeit, eingeſetzt zu werden, und tempus capiendae hereditatis iſt nur die Zeit, da der Eingeſetzte fähig zum Erwerbe ſein werde. Eingeſetzt aber muß er zuvor ſein, und dazu, ut constiterit institutio sc. ab initio, iſt testamenti factio des Eingeſetzten erforderlich testamenti facti tempore. Allerdings kann nun wohl der Grund, warum derſelbe zur Zeit des Todesfalles nicht erwerben kann, ein ſolcher ſein, der auch die Fähigkeit eingeſetzt zu werden ausſchließen würde, wenn jetzt erſt das Teſtament errichtet werden ſollte; aber in Beziehung auf die einmal giltige Erbeinſetzung kommt er doch jetzt nur als Grund der Erwerbunfähigkeit in Betracht. Mühlenbruch a. a. O. S. 154.

14) Vgl. Mühlenbruch, S. 153.

15) L. un. pr. Cod. de caducis toll. (6. 51.) L. un. Cod. de latina libertate tollenda. (7. 6.)

ben, als ihr urſprünglich zukam [16]). Allein es können auch nach Juſtinianiſchem Rechte wirklich noch Fälle bloßer Incapacität vorkommen, auf welche L. 62. cit. anwendbar iſt [17]). Und es bleibt immer noch übrig, dieſe Stelle auch auf den Fall zu beziehen, wenn ein zur Zeit der Teſtamentserrichtung Erbfähiger ſpäterhin die Erbfähigkeit verloren hat [18]).

Was nun die nähere Beſtimmung der Fähigkeit, zum Erben eingeſetzt zu werden, betrifft, ſo iſt Regel, daß nur ein überhaupt Erbfähiger zum Erben eingeſetzt werden könne, oder mit anderen Worten, daß zu der teſtamentariſchen Erbfolge auch ſchon im Zeitpunkte der Teſtamentserrichtung Erbfähigkeit des eingeſetzten Erben erforderlich ſei [19]). Es ſind aber noch in beſonderer Beziehung auf die teſtamentariſche Erbfolge folgende Punkte hervorzuheben.

1) Das ältere Recht hatte den allgemeinen Grundſatz, es könne nicht eine incerta persona zum Erben eingeſetzt oder mit Vermächtniſſen bedacht werden. Von ſelbſt verſteht ſich die Wirkungsloſigkeit einer Erbeinſetzung, wenn der Eingeſetzte in dem Sinne incerta persona iſt, daß ſich gar nicht ermitteln läßt, wen der Teſtator habe berufen wollen [20]). Jene Regel aber war ſo verſtanden, daß der Erblaſſer nur ein Individuum bedenken könne, das man ſich als ein concret beſtimmtes vorſtellen konnte [21]). Es konnte demnach nicht von einem ungewiſſen Umſtande abhängig gemacht werden, auf welches beſtimmte Individuum die teſtamentariſche Verfügung zu beziehen ſein werde, ſo daß nach Verſchiedenheit der Umſtände dieſes oder jenes Individuum berufen ſein könnte, z. B. qui primus ad funus meum venerit, heres esto [22]), wo nicht der fragliche Umſtand von der Beſchaffenheit war, daß er ſchon vor Vollendung der Teſtamentsſolennität entſchieden, alſo ſchon dann die individuelle

16) Dahin neigt ſich Mühlenbruch a. a. O. S. 156, der jedoch den eigentlich entſcheidenden Grund für die von ihm vertheidigte Meinung nur darin findet, daß dieſe eine Uſualinterpretation für ſich habe. Denn ſonſt hält er dieſelbe weder durch hinreichende theoretiſche Gründe, noch durch ein Bedürfniß der Praxis vollſtändig gerechtfertigt.

17) Mulieres probrosae ſollten nicht capere hereditatem ex testamento, nec ex testamento militis; es kam aber dabei unzweifelhaft nur auf ihr Betragen zur Zeit des Erwerbes an. L. 41. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.), vgl. mit L. 23. Cod. de nupt. (5. 4.) Mühlenbruch a. a. O. S. 267—276. Andere Indignitätsgründe hindern zwar auch nur das capere hereditatem; ihrer Natur nach aber kann auf dieſelben nicht L. 62. cit. angewendet werden.

18) Vgl. Anm. 13.

19) Vgl. daher d. Art. Succeſſionsfähigkeit. Dabei iſt jedoch zu bemerken, daß nach röm. Rechte auch Sclaven zu Erben eingeſetzt werden konnten, theils von ihrem eigenen Herrn, mit Ertheilung der Freiheit, theils von einem Anderen, wofern nur ihr Herr testamenti factio (wenn auch nicht capacitas) hatte. Cai. II. 185—189. Ulp. XXII. 7—13. — Pr. §. 3. J. h. t. Cf. L. 82. D. de acquir. hered. —

20) L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. h. t. Vgl. Note 80.

21) Cai. II. 238. Incerta persona, quam per incertam opinionem animo suo subiicit testator.

22) Cai. l. c. Ulp. XXII. 4. Quoniam certum consilium debet esse testantis.

Beſtimmtheit des Eingeſetzten hergeſtellt ſein mußte, wie in dem Falle: qui testamentum meum signaverint, heredes sunto[23]). Doch war es auch zuläſſig, die nähere Beſtimmung des Erben unter einer Anzahl beſtimmter Individuen von einem künftigen Umſtande abhängig zu machen, z. B. ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit[24]), was eben ſo viel war, als ob die sub certa demonstratione begriffenen Perſonen alle eingeſetzt wären unter einer Bedingung, die nur für die eine oder andere derſelben erfüllt werden konnte. Nach Juſtinianiſchem Rechte ſoll nun aber jene Ungewißheit der Perſon des Eingeſetzten überall nicht mehr der Giltigkeit der Erbeinſetzung im Wege ſtehen, inſofern nur die jetzige Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann[25]); und nur die Beſchränkung iſt noch anerkannt, daß die Beſtimmung des Erben nicht geradezu der Willkür eines Dritten überlaſſen werden kann[26]).

2) Die Einſetzung von zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch nicht geborenen Perſonen war nach älterem Rechte ſehr beſchränkt[27]). Das Civilrecht hatte ſie zuerſt geſtattet in Anſehung der sui postumi, deren Präterition Ungiltigkeit des Teſtamentes bewirkte[28]), und nach prätoriſchem Rechte war dieß auch auf Poſtumi emancipirter Kinder anwendbar, die doch civilrechtlich alieni postumi waren[29]). Aber nach prätoriſchem Rechte wurde überhaupt dem eingeſetzten alienus postumus die bono-

---

23) L. 14. D. de reb. dub. (34. 5.)

24) Cai. l. c. Ulp. XXIV. 18. Sub certa demonstratione incertae personae legari potest.

25) Juſtinian hat dieß verordnet in L. un. Cod. de incertis personis. (6. 48.) Auf den Inhalt dieſer Conſtitution, deren authentiſcher Text uns nicht erhalten iſt (vgl. Witte, die leges restitutae des Juſtin. Coder, S. 200 flg.), wird in §. 27. vgl. mit §. 25. J. de legat. (2. 20.) auf eine Weiſe Bezug genommen, daß auch für das heutige Recht die Aufhebung jener Beſchränkung unzweifelhaft iſt. In §. 25. cit. wird derſelben nur in praeterito erwähnt. Vgl. Theophil. ad h. l. — Zu beſchränkend drückt ſich Mayer, Bd. 1, S. 32, 33, aus: „Perſonen, die durch Vornahme irgend einer vom Erblaſſer ſelbſt bezeichneten Handlung beſtimmt werden ſollen.“ Es kann auch eine fremde Handlung oder ein Zufall ſein, wovon die nähere Beſtimmung der Perſon abhängig gemacht wird.

26) L. 32. pr. D. h. t.: Quos Titius voluerit. Vgl. L. 68. ibid.: Si Titius voluerit. Im canoniſchen Rechte freilich heißt es: Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur intestatus decedere. Cap. 3. X. de testam. (3. 26.) Vgl. aber Glück, Erläut. Bd. 34, S. 1 flg. Vangerow, Bd. 2, H. 1, S. 100—105.

27) Cai. II. 242. bemerkt dazu: est enim incerta persona, und auch die constitutio de incertis personis hat ſich darauf bezogen (Anm. 32). Doch iſt dieſe Ungewißheit nicht gleichartig der sub 1) angedeuteten, und wird auch ſonſt nicht unter dieſelbe Regel ſubſumirt. Cai. II. 238. Ulp. XXII. 4.: Quoniam certum consilium debet esse testantis, woran es hier nicht fehlt. Den Grund davon kann man vielmehr in der Regel finden, nach welcher zur Zeit der Teſtamentserrichtung testamenti factio erforderlich iſt (Anm. 8, 9).

28) Vgl. die Art. Enterbung, Notherben.

29) Denn est alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. Cai. II. 241. §. 26. J. de legat. (2. 20.)

rum possessio secundum tabulas nicht vorenthalten [30]), ohne Unterſchied ob der Poſtumus zu den Deſcendenten des Erblaſſers gehörte oder von einem Anderen abſtammen ſollte [31]); und durch Juſtinian's Conſtitution iſt denn endlich die Einſetzung eines postumus alienus auch civilrechtlich für giltig erklärt worden [32]). Dabei iſt jedoch immer die Vorausſetzung feſtgehalten, daß der Poſtumus ſchon zur Zeit des Todes des Erblaſſers concipirt ſein müſſe, um in Folge der Erbeinſetzung wirklich erben zu können [33]). Auch iſt als turpis institutio ungiltig die Einſetzung eines unehelichen Poſtumus des Teſtators oder eines ſolchen, den derſelbe mit einer Frau erzeugen würde, die nicht ſeine rechtmäßige Gattin ſein kann oder einem Anderen ſchon verheurathet iſt [34]).

3) Juriſtiſche Perſonen konnten der Regel nach nicht zu Erben eingeſetzt werden [35]). Davon waren aber ſchon zu Ulpian's Zeit einzelne Ausnahmen gemacht worden [36]). Namentlich konnten Municipien von ihren Freigelaſſenen zu Erben eingeſetzt werden [37]), und eben ſo wohl auch andere Corporationen, welche gleich jenen ihre Freigelaſſenen ab intestato zu beerben fähig waren [38]), während Vermächtniſſe allen denſelben auch von jedem Anderen hinterlaſſen werden konnten [39]). Den Municipien wurde vielleicht nun auch ſchon die Fähigkeit zu directer Erbeinſetzung in weite-

---

30) §. 28. J. l. c. Pr. J. de bon. poss. (3. 9.) L. 6. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.)

31) L. 3. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.) Cf. L. 127. D. de legat. I. L. 6. pr. D. de inoff. testam. (5. 2.)

32) Pr. J. de bon. poss. In dieſen Fällen findet alſo eine Ausnahme von der Anmerk. 8, 9, berührten Regel ſtatt. Mühlenbruch a. a. O. S. 155, 156. Doch wurde dieſe zweifelsohne auch hier in ſo weit beobachtet, daß der Poſtumus, als jetzt ſchon lebend gedacht, gegenwärtig auch ſchon testamenti factio haben mußte, und daher z. B. der Poſtumus von einer Peregrina nicht eingeſetzt werden konnte.

33) L. 3. D. cit.: Omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuit, bonorum possessionem petere posse. Vgl. Mühlenbruch, S. 406—423. Anderer Meinung iſt zwar wieder Mayer, S. 38; er legt aber nicht das gebührende Gewicht darauf, daß L. 3. cit. als allgemeine Regel in den Titel de bonorum possess. secundum tabulas aufgenommen iſt und von dem postumus, qui moriente testatore in utero fuit, ſpricht.

34) §. 28. J. de legat. L. 9. §. 1. 3. 4. D. de lib. et post. (28. 2.)

35) Ulp. XXII. 5. gibt, in Beziehung auf Municipien, als Grund dafür an: quoniam incertum corpus est, weßhalb Manche auch dieß unter die Regel von incertae personae ſtellen; aber die Natur dieſer Regel (nach Ulp. XXII. 4.) und der Zuſatz in §. 5. cit.: neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant, zeigen, daß jener Grund ein ganz anderer iſt. Savigny, Syſtem des heut. röm. Rechtes, Bd. 2, S. 301.

36) Ulp. l. c. §. 5. 6.

37) L. 1. §. 1. D. de libertis universitatium. (38. 3.)

38) Arg. rubr. tit. D. cit. L. 3. §. 4. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 6. §. 4. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Vgl. L. 1. 2. D. de manumission. quae serv. ad univ. pertineat. impon. (40. 3.) L. 3. §. 6. D. de suis et legit. (38. 16.)

39) Ulp. l. c. u. XXIV. 28. L. 1. §. 1. D. cit. L. 26. 27. pr. D. ad SC. Trebell. L. 73. §. 1. L. 117. 122. pr. D. de legat. I. L. 20. D. de reb. dub. (34. 5.) L. 38. §. 6. D. de legat. III.

rem Umfange beigelegt [40]), und jedenfalls iſt dieſe ſeit Kaiſer Leo und ſo denn auch im Juſtinianiſchen Rechte den ſtädtiſchen Gemeinden allgemein zuerkannt worden [41]). Daß dieſelbe überhaupt allen Corporationen regelmäßig zukomme, iſt eine nach römiſchem Rechte ungegründete und daher in neueſter Zeit ſchon von mehreren Schriftſtellern mißbilligte Meinung [42]). Wir finden in einer Stelle deutlich ausgeſprochen: collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse [43]); nirgendwo aber wird allgemein den Corporationen jene Fähigkeit ertheilt, und insbeſondere iſt es auch nicht einmal wahrſcheinlich, daß dieß durch die Juſtinianiſche Conſtitution de incertis personis geſchehen ſei [44]). Jedoch iſt die Anſicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis von jeher ſo vorherrſchend geweſen, daß man darnach in der Anerkennung einer ſolchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt iſt [45]). Auch im römiſchen Rechte ſchon iſt dagegen noch ausdrücklich anerkannt die Erbfähigkeit der Kirche und milder Stiftungen. Zu Ulpian's Zeit konnten ausnahmsweiſe gewiſſe Gottheiten oder Tempel zu Erben eingeſetzt werden [46]). Von Conſtantin wurde dieſes Recht der chriſtlichen Kirche oder den einzelnen chriſtlichen Kirchen allgemein ertheilt [47]), und weil es häufig vorkam, daß der Stifter der Kirche, Chriſtus oder ein Apoſtel oder ſonſt ein Heiliger als Erbe bezeichnet wurde, ſo erließ Juſtinian eine eigene Verordnung darüber, wie eine ſolche Verfügung zu vollziehen und welcher einzelnen Kirche in ſolchem Falle die Erbſchaft zuzuſprechen ſei [48]). Gleich der Kirche ſelbſt ward auch den unter ihrem Schutze und ihrer Aufſicht ſtehenden Wohlthätigkeitsanſtalten die Erbfähigkeit beigelegt [48]). Es kann einer Kirche wie ſchon nach älterem Rechte auch etwa einer Stadtgemeinde [49]) für beſtimmte gemeinnützige Zwecke, sub modo, etwas hinterlaſſen werden. Aber es beſtanden in der ſpäteren Zeit auch mancherlei Anſtalten zu wohlthätigen Zwecken als ſelbſtſtändige juriſtiſche Per-

---

40) Aus den Stellen in Note 37, 38, läßt ſich dieß zwar nicht beweiſen, auch nicht, daß bonorum possessio secundum tabulas den Städten regelmäßig ertheilt worden ſei. Savigny a. a. O. S. 303—305. Aber L. 12. Cod. h. t. (Anm. 41) drückt ſich nicht ſo aus, als ob ſie etwas Neues in dieſer Hinſicht feſtſetze. Mühlenbruch, S. 434, Note 53.

41) L. 12. Cod. h. t. (a. 469.)

42) Mühlenbruch a. a. O. S. 434 flg. Puchta, Lehrb. §. 441, Anm. 1. Vangerow, Pand. Bd. 2, S. 93. Mayer, §. 16, Note 10. Savigny a. a. O. S. 302.

43) L. 38. Cod. h. t. Für die Judengemeinden galt das ius singulare odiosum, daß ſie auch Vermächtniſſe nicht erwerben konnten. L. 1. Cod. de Iudaeis. (1. 9.) Mühlenbruch, Bd. 39, S. 252 flg., S. 435.

44) Mühlenbruch, S. 434—442.

45) Arg. L. 3. D. de const. princip. (1. 4.) Mühlenbruch, S. 442.

46) Ulp. XXII. 6.

47) L. 1. Cod. de ss. ecclesiis. (1. 2.)

48) L. 26. Cod. l. c., eine lex restituta, deren weſentlicher Inhalt aber in Nov. 131. cap. 9. ſich wiederholt findet.

49) L. 117. 122. pr. D. de legat. I.

ſonen [50]), und auch deren Fähigkeit, zu Erben eingeſetzt zu werden, war und iſt denn eben ſo entſchieden, wie die der Kirche ſelbſt, anerkannt [51]). Ja, zu beſonderer Begünſtigung ſolcher wohlthätiger Abſichten war ſchon zur Zeit, als noch die Regel galt, daß incertae personae nicht eingeſetzt werden könnten, doch die Einſetzung der Armen ſchlechthin, und ſo auch der in Gefangenſchaft Befindlichen für giltig erklärt worden, mit näheren Beſtimmungen, wie und durch wen in Ermangelung genauerer Feſtſetzung des Erblaſſers je nach Lage der Sache eine ſolche Verfügung geltend gemacht und ausgeführt werden ſolle [52]). Darnach iſt die Erbſchaft bald einer ſchon beſtehenden Wohlthätigkeitsanſtalt zuzuweiſen, bald unter Leitung der kirchlichen Autoritäten zu dem beſtimmten Zwecke auf angemeſſene Weiſe zu verwenden. Dieſe Verwendung aber braucht nicht in gänzlicher Verausgabung des Vermögens oder Vertheilung deſſelben unter die Armen zu beſtehen, es iſt vielmehr, wo möglich, der Grundſtock des Vermögens zu ſchonen, um fortdauernd mittelſt des Ertrages den wohlthätigen Intentionen des Erblaſſers ihren Erfolg zu ſichern [53]). So kann denn gemäß ſolcher Erbeinſetzung eine Stiftung entſtehen, die auch ein bleibendes Daſein als juriſtiſche Perſon hat [54]). Unbedenklich kann

---

50) Savigny a. a. O. S. 267 flg.

51) L. 13. 22. 23. Cod. de ss. eccles.

52) L. 24. (Valent. et Marcian.) u. L. 49. (Justinian.) Cod. de episcop. et cler. (1. 3.) Nov. 131. cap. 11. Cf. L. 28. Cod. l. c. (Leo et Anthem.).

53) L. 49. cit. ſagt zuerſt (§. 2.) in Betreff der Erbeinſetzung der Gefangenen: omnimodo in redemtionem captivorum procedat hereditas sive per annuos reditus, sive per venditionem mobilium seu se moventium rerum sit; ſie beſtimmt dann in §. 3. für den Fall, daß einem beſtimmten Armenhauſe die den Armen hinterlaſſene Erbſchaft überwieſen wird: in aegrotantes fieri patrimonii distributionem, secundum quod in captivis constituimus, vel per redituum annalium erogationem, vel per venditionem rerum mobilium vel sese moventium, ut ex his res immobiles comparentur et annuus victus aegrotantibus accedat, und dann verfügt §. 6: sin autem nullus xenon in civitate inveniatur: tunc secundum de captivis sanctionem pro tempore oeconomus .. vel episcopus hereditatem accipiat et sine Falcidiae ratione pauperibus ... eaedem pecuniae distribuantur. Daß nun in der letzten Stelle ſo wenig wie in §. 3. die distributio pecuniae oder patrimonii ſchlechthin als eine Vertheilung des ganzen Erbvermögens zu verſtehen iſt, daß vielmehr in allen Fällen sive per redituum annalium erogationem vel per venditionem rerum mobilium etc. die Verwendung zu geſchehen habe, geht aus dem ganzen Zuſammenhange klar genug hervor.

54) Mühlenbruch, S. 461 flg., betrachtet die Armen oder Gefangenen ſelbſt als die eigentlichen Erben, und den Biſchof oder Oeconomus u. ſ. w. als deren Repräſentanten. Allein jene laſſen ſich, wie Mühlenbruch ſelbſt ſagt, gar nicht zu einem beſtimmten Rechtsſubjecte individualiſiren, um ſo weniger, da ſchlechterdings nicht die zu einer beſtimmten Zeit vorhandenen Ortsarmen für eingeſetzt zu halten ſind. Es liegt nichts vor, als die Beſtimmung des Vermögens zur Unterſtützung der Armen, beziehungsweiſe zum Loskauf der Gefangenen, nach verſtändigem Ermeſſen der benannten Vertreter. Soll nun doch auch nicht der Biſchof oder deſſen Kirche der eigentliche Erbe ſein, ſo ergibt ſich ein Vermögen, zu einem gewiſſen Zwecke beſtimmt, ohne ein außer ihm ſichtbar exiſtirendes Subject, und man kommt ſo nothwendig wieder zur Annahme einer ju-

nun auch der Teſtator ſelbſt geradezu die Errichtung einer beſonderen Anſtalt mit der Eigenſchaft einer juriſtiſchen Perſon anordnen, und ſoll dieſer Anordnung, ſo weit als möglich, Folge gegeben werden[55]). Ob denn aber auch die Erbeinſetzung einer ſolchen Anſtalt, die eben dadurch erſt ihr Daſein als juriſtiſche Perſon erhalten ſoll, für giltig zu halten ſei, iſt eine ſehr ſtreitige Frage[56]). Erwägt man, wie ſehr das neuere römiſche Recht bemüht iſt, derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rückſichten, aufrecht zu erhalten und die vollſtändige Erreichung ihres Zweckes möglichſt zu ſichern[57]), und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgriff ſein könnte, eine zu errichtende Anſtalt ſelbſt zum Erben einzuſetzen, wenn anerkannt wird, daß man auf andere Art die Abſicht, ſein ganzes Vermögen zur Errichtung einer ſolchen mit juriſtiſcher Perſönlichkeit begabten Stiftung verwendet zu ſehen, ſicher erreichen könne, ſo kann man nicht umhin, der bejahenden Beantwortung obiger Frage ſich anzuſchließen[58]).

4) Man hat häufig auch denjenigen, welcher für intestabilis erklärt iſt, eben deßhalb für unfähig, zum Erben eingeſetzt zu werden, gehalten; ja es iſt die paſſive wie active Teſtamentesunfähigkeit in den Begriff der Inteſtabilität aufgenommen worden[59]). Darnach wäre denn namentlich auch dem Pasquillanten die testamenti factio ganz abzuſprechen[60]). Dieſe Meinung wird auch unterſtützt durch die Erklärung des Theophilus[61]). Allein nach den Ausſprüchen der Juſtinianiſchen Rechtsquellen ſelbſt iſt man nur berechtigt zu der Behauptung, daß der Inteſtabilis, als unfähig zur Ablegung eines Solennitätszeugniſſes, folgerungsweiſe auch für unfähig gehalten werde, ſich zu einem Acte ein Solennitätszeugniß

---

riſtiſchen Perſon von der Art, wie wir ſie unter Stiftungen zu verſtehen pflegen.

55) Nov. 131. cap. 10. Cf. L. 15. Cod. de ss. eccles. L. 46. Cod. de episcop. (beide leges restitutae).

56) Sie iſt lebhaft verhandelt worden in Beziehung auf die Stiftung des Städel'ſchen Kunſtinſtitutes in Frankfurt. Unter den vielen Streitſchriften darüber iſt beſonders hervorzuheben Mühlenbruch, rechtliche Beurtheilung des Städel'ſchen Beerbungsfalles (1828), der die obige Frage verneinend beantwortet. Vgl. auch deſſen Erläuterung a. a. O. Bd. 39, S. 467 flg., Bd. 40, S. 1—108. Ueber einen verwandten Fall vgl. Northoff, die Giltigkeit der Erbeseinſetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Teſtamente des weil. Blum (1833), als Vertheidiger der entgegengeſetzten Meinung.

57) Vgl. noch Nov. 131. cap. 11: Omnibus enim talibus piis voluntatibus.... secundum defuncti voluntatem universa procedant.

58) Vergl. Puchta, Lehrbuch §. 95, und im Rechtslexikon Art. Corporation, Bd. 3, S. 67 flg., dann in der Recenſion von Savigny's Syſtem Bd. 2, in Richter's krit. Jahrb. Bd. 4, S. 707—712. Eine weitere Ausführung darüber iſt zu erwarten im Art. Stiftung. Vgl. auch Kierulf, Syſtem des gem. Civilrechtes, Bd. 1, S. 150—152.

59) In dieſem Sinne werden in der Quote credentes von Friedrich II. die Häretiker für intestabiles erklärt, nach dem damals vorherrſchenden Sprachgebrauche.

60) L. 18. §. 1. D. qui test. fac. poss. (28. 1.)

61) Ad §. 6. J. de testam. ordin. (2. 10.) Doch ſagt Theophilus eigentlich nur, der in den XII. tabb. für intestabilis erklärte untreue Zeuge könne nicht eingeſetzt werden.

ablegen zu laſſen, und daher unfähig, ein Teſtament zu errichten, nicht aber auch, in einem Teſtamente eingeſetzt zu werden [62]).

5) Noch ſind einige nur relative Beſchränkungen in Betreff der einzuſetzenden Erben anzuführen. a) Ungiltig iſt die Einſetzung des Regenten litis causa, d. i. in der Abſicht, damit er einen Prozeß fortſetze oder anfange [63]). b) Der in zweiter Ehe lebende Ehegatte kann dem zweiten Ehegatten weder durch Erbeinſetzung noch durch Vermächtniß mehr von ſeinem Vermögen zuwenden, als dasjenige Kind aus früherer Ehe bekommt, welches am wenigſten bedacht iſt [64]). c) Wer rechtmäßige Kinder hat, ſoll ſeinen im Concubinat erzeugten Kindern (liberi naturales) und der Concubine zuſammen nicht mehr als den zwölften Theil, der Concubine allein nicht über den einundzwanzigſten Theil der Erbſchaft hinterlaſſen können, und dieſelbe Beſchränkung gilt auch umgekehrt gegen den unehelichen Vater [65]). Die heutige Anwendbarkeit dieſer Vorſchrift iſt zwar vielfach beſtritten worden, weil der Concubinat jetzt nicht mehr erlaubt ſei, und die darin erzeugten Kinder rechtlich den spurii oder vulgo quaesiti gleichſtehen, für welche jene Beſchränkung nach römiſchem Rechte nicht gelte [66]). Allein die fragliche Beſchränkung hat ihren Grund in der Verwerflichkeit des Concubinats [67]); es wäre aber wahrlich ſonderbar, jene nun für aufgehoben anzuſehen, nachdem dieſe Verwerflichkeit durch die geſetzlich ausgeſprochene Unerlaubtheit des Concubinats noch geſteigert worden iſt; um ſo mehr, als auch die Befürchtung, welche man ſonſt noch als wahrſcheinliches Motiv jenes Geſetzes hervorgehoben hat, daß nämlich der Vater die mit einer Concubine erzeugten Kinder vor den ehelichen begünſtigen möchte, bei erklärter Unerlaubtheit eines ſolchen außerehelichen Zuſammenlebens noch jetzt eben ſo viel Grund hat. Mit Recht wird vielmehr von Anderen ſogar die Ausdehnung jener Beſchränkung auf die spurii behauptet; denn da nach einer entſchiedenen Praxis die in derſelben Novelle enthaltene günſtige Beſtimmung über das Inteſtaterbrecht der liberi naturales auf die unehelichen Kinder überhaupt ausgedehnt worden, ſo iſt es conſequent, auch die ungünſtige über das Teſtamentserbrecht in demſelben Umfange auf ſie anzuwenden [68]). d) Die Frau, welche

---

62) L. 26. D. l. c.: Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ut eius testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant (alſo ſchon dieſes nur eine zweifelhafte Erweiterung), neve ipsi dicatur testimonium. Dieß Letzte kann nach claſſiſchem Rechte gewiß nicht auf den eingeſetzten Erben bezogen werden. Arg. Cai. II. 108. Ulp. XX. §. 3—6, und es wäre gewagt, ihm etwa mit Rückſicht auf §. 10. J. de test. ord. (2. 10.) eine weitere Beziehung zu geben. Vgl. L. 16. §. 1. cit.: Intestabilis... ergo nec testamentum facere potest, nec ad testamentum adhiberi. S. Mühlenbruch a. a. O. S. 257—262. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 41, 42.

63) L. 91. D. h. t. §. 8. J. quib. mod. test. infirm. (2. 17.)

64) L. 6. 9. Cod. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. cap. 27.

65) Nov. 89. cap. 12. §. 2. 3. cap. 13. Cf. L. 2. 8. Cod. de natural. lib. (5. 27.) L. 6. Theod. Cod. eod. (4. 6.)

66) Mühlenbruch, S. 323—339. Vangerow, Bd. 2, S. 88.

67) L. 8. Cod. cit.: Quia vitium paternum refraenandum esse existimavimus.

68) Puchta, Lehrbuch §. 464, Note y. Mayer a. a. O. S. 43, 44.

durch zu frühzeitige Eingehung einer anderen Ehe das Trauerjahr verletzt hat, ſoll dem neuen Gatten höchſtens ein Drittel ihres Vermögens zuwenden können [69]). Dieſe Beſtimmung iſt jedoch nicht mehr praktiſch, nach der Bedeutung, welche die Praxis der canoniſch-rechtlichen Aufhebung der Infamie wegen jener Verletzung des Trauerjahres beigelegt hat [70]). Uebrigens kommt es in den unter b) c) d) erwähnten Fällen auf die Zeit des Todes an, und wird alſo die Erbeinſetzung, welche gegenwärtig gegen jene Vorſchriften verſtößt, nicht als von Anfang an in ſo weit nichtig zu behandeln ſein [71]). So kann namentlich in dem Falle a) die Erbeinſetzung vollkommen giltig bleiben, wenn dasjenige Kind aus früherer Ehe, welches zu geringerem Theile eingeſetzt iſt, als der zweite Ehegatte, vor dem Teſtator ſtirbt oder durch ſpätere Schenkungen oder Vermächtniſſe ſo viel mehr erhalten hat, daß jene Differenz ausgeglichen wird; und ſo wird auch die Erbeinſetzung der liberi naturales zu größerem Erbtheile beſtehen bleiben, wenn die zur Zeit der Teſtamentserrichtung vorhandenen rechtmäßigen Kinder oder die Ehegattin des Erblaſſers vor demſelben mit Tode abgegangen ſind.

Es iſt nunmehr

II. die Art und Weiſe der Erbeinſetzung näher zu beſtimmen. Was nun hier

1) die Form der Erbeinſetzung im Allgemeinen betrifft, ſo erforderte dieſelbe nach älterem Rechte freilich eine gewiſſe Solennität des Ausdruckes, welche den Willen des Erblaſſers energiſch ausſprach [72]); nach neuerem Rechte kommt aber darauf nichts mehr an [73]). Es genügt nun eine jede Erklärung, welche den Willen des Erblaſſers, daß eine beſtimmte Perſon eben hierdurch zum Erben ernannt ſein ſolle, deutlich an den Tag legt, wenn ſie ſich auch ſolcher Worte bedient, welche an ſich nicht auf Erbernennung gehen, welche aber doch im Zuſammenhange unzweifelhaft die Abſicht einer ſolchen kund geben, z. B. ich vermache dem A. mein ganzes Vermögen u. dgl. [74]) Nicht genügend aber iſt eine Erklärung, welche die Abſicht der Erbeinſetzung wohl vermuthen läßt, aber auch eine andere Auslegung geſtattet, oder welche nicht ſelbſt beſtimmt iſt, die Erbeinſetzung einer Perſon auszuſprechen, ſondern nur die Wahrſcheinlichkeit begründet, daß eine ſolche vom Erblaſſer beabſichtigt geweſen ſein möge. Daher kann man in einer Verfügung, welche den B. zum Erben ernennt, wenn der A. vor dem Teſtator ſterbe oder nicht deſſen Erbe werde, nicht zugleich eine Erbeinſetzung des A. anerkennen [75]). In jedem Falle muß

---

69) L. 1. Cod. de secund. nupt. (5. 9.)

70) Vgl. cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.) Puchta, Lehrbuch §. 421.

71) Mayer a. a. O. §. 17.

72) Ulp. XXI. Cai. II. 116. 117. Cf. L. 1. §. 5—7. L. 48. pr. D. h. t.

73) L. 15. Cod. de testam. (6. 23.)

74) L. 15. cit.: Quibuslibet confecta sententiis vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.

75) In conditione positus non est in dispositione. Dieſe Regel iſt an-

die Perſon des Erben auf ſolche Weiſe bezeichnet werden, daß ſich daraus unmittelbar oder nach Maßgabe beſtimmter im Teſtamente angegebener Umſtände [76]) mit Sicherheit erkennen laſſe, wem der Teſtator die Erbſchaft deferirt haben wollte. Im Teſtamente ſelbſt braucht jedoch dieſe Beſtimmung des Erben nicht geradezu ausgeſprochen zu ſein; es kann vielmehr auf eine andere Urkunde Bezug genommen werden, in welcher der Erbe genannt ſein werde (ſogen. institutio mystica, testamentum mysticum nach neulateiniſchem Sprachgebrauche), wo denn freilich die Erbeinſetzung nur, wenn dieß ſich wirklich ſo findet, beſtehen kann [77]). Zur Bezeichnung des Erben dient natürlich meiſtens der Name deſſelben; aber jedes andere unzweideutige Merkmal kann eben ſo wohl dazu dienen; nur darf die Bezeichnung nicht eine dem Eingeſetzten ſchimpfliche ſein, ſo daß er die Erbſchaft nicht in Anſpruch nehmen könnte, ohne dadurch einzuräumen, ja ſelbſt zu behaupten, daß die beſchimpfende Bezeichnung auf ihn paſſe; denn wenn ohne Rückſicht auf dieſelbe doch die Perſon des Eingeſetzten ſchon hinreichend kenntlich gemacht iſt, ſo ſteht der Giltigkeit der Einſetzung nichts im Wege, indem alsdann jene als ein falſcher unwahrer Zuſatz ignorirt werden kann [78]). Ein überflüſſiger unwahrer Zuſatz zu einer ohnehin ſchon vollkommen ausreichenden Demonſtration des Erben, oder ein Irrthum in der Bezeichnung bei dennoch vorhandener Unzweifelhaftigkeit des Willens, kommt nämlich überall nicht in Betracht [79]). Iſt aber die Bezeichnung unklar oder zweideutig, indem ſie z. B. auf verſchiedene Perſonen gleich anwendbar erſcheint, ſo iſt die Erbeinſetzung ohne Wirkung, weil keiner darzuthun im Stande iſt, daß er und nicht ein Anderer eingeſetzt ſei, es möchten denn dem Einen oder Anderen beſondere

---

erkannt in L. 19. D. h. t. L. 16. §. 1. in f. D. de vulg. subst. (28. 6.) Nicht entgegen ſteht ihr L. 85. D. h. t., indem dieſe nicht ſagt, daß die Bruder-Kinder als Teſtamentserben den ſubſtituirten Sclaven vorgezogen ſein ſollen. Auch berechtigt L. 15. Cod. cit. nicht, ein Anderes anzunehmen, da ſie mit den Pandektenſtellen ſich ſehr wohl vereinigen läßt. Mühlenbruch, Bd. 40, S. 234—247. Puchta, Lehrb. §. 466, Note l. Mayer, §. 19, Note 3, u. A. Dagegen erklärt ſich wieder Vangerow a. a. O. S. 154.

76) Vgl. oben Anm. 25.

77) L. 77. D. h. t. Cf. L. 10. D. de cond. institut. (28. 7.) Ob daſſelbe bei mündlichem Teſtamente gelte, haben Viele bezweifelt wegen L. 21. pr. D. qui testam. fac. L. 26. Cod. h. t. und Notariatsordnung Tit. I, §. 8; Glück, Bd. 35, S. 14 flg., aber ohne Grund. Die Stellen ſagen nichts anderes, als daß der Inhalt des Teſtamentes, der ſonſt niedergeſchrieben werde, „was er im Teſtament begriffen haben wollte," alſo ad quos substantiam suam pervenire velit, beim mündlichen Teſtamente den Zeugen vernehmlich geſprochen werden müſſe.

78) L. 9. §. 8. 9. cf. L. 48. §. 1. L. 58. D. h. t.

79) Falsa demonstratio non nocet. L. 48. §. 3. D. h. t. Cf. L. 33. pr. D. de cond. et demonstr. (35. 1.) §. 29. J. de legat. (2. 20.) L. 4. Cod. de testam. (6. 23.) Es kann aber wohl zweifelhaft ſein, welches Merkmal die wahre demonstratio, welches der falſche Zuſatz ſei, ſo daß dadurch die Erbeinſetzung ſelbſt zweifelhaft wird; z. B. in einem wirklich vorgekommenen Falle, wo zum Erben eingeſetzt war der älteſte Sohn meiner Schweſter, Friederich A., der älteſte Sohn der Schweſter aber Ferdinand, und der zweite, welcher aller Wahrſcheinlichkeit nach gemeint war, Friedrich hieß.

Umſtände zu Hilfe kommen, welche mit genügender Gewißheit ergeben, daß der Erblaſſer gerade dieſen bei der zweideutigen Bezeichnung im Auge gehabt habe [80]). Wenn hingegen der Erblaſſer irrthümlich einen Anderen genannt hat, den er zum Erben zu ernennen wirklich nicht die Abſicht hatte, ſo iſt die Erbeinſetzung ungiltig, als dem wahren Willen des Erblaſſers nicht entſprechend, und es kann auch nicht etwa derjenige, den er hatte einſetzen wollen, das Erbrecht geltend machen, weil dieſer nicht wirklich eingeſetzt worden iſt [81]).

2) Die Anzahl der einzuſetzenden Erben iſt nicht beſchränkt [82]). In Ermangelung einer näheren Beſtimmung darüber wird hier natürlich angenommen, daß alle zu gleichen Theilen erben ſollen [83]). Es kann aber der Teſtator zugleich den einzelnen eingeſetzten Erben die Erbtheile beſtimmen. Bei den Römern war in dieſer Rückſicht üblich die Eintheilung des Ganzen (as) in zwölf Theile (unciae), deren mehrere vereinigt je auch wieder durch beſondere Namen bezeichnet wurden [84]). Darnach wurde der einzige Erbe heres ex asse (scriptus, institutus) genannt, und entſprechend z. B. heres ex quadrante, ex triente etc. geſagt. Indeſſen iſt der Teſtator an dieſe Eintheilung des as nicht etwa gebunden; er kann ſo viele Theile machen, als ihm beliebt, und es kommt auch gar nicht darauf an, wie er ſie bezeichne, wenn nur, was er will, klar zu erkennen iſt [85]). Auch kann giltig auf eine anderweitig vom Teſtator vorgenommene oder vorzunehmende Theilbeſtimmung Bezug genommen werden; wenn aber dieſe dann ſich nicht wirklich findet, ſo iſt es im letzten Falle, bei Bezugnahme auf eine künftig erſt vorzunehmende Theilbeſtimmung, im Zweifel ſo zu halten, als wenn die Erben ganz ohne Angabe der Erbtheile eingeſetzt worden, im erſten Falle hingegen iſt die Erbeinſetzung ſelbſt ſo gut als nicht geſchehen [86]). Es kann auch verwieſen werden auf eine dem Teſtator ſelbſt fremde Beſtimmung, z. B. auf die geſetzliche Vertheilung der Inteſtaterbfolge, oder auf die im Teſtamente eines Anderen angegebenen Erbtheile [87]). Nicht aber kann es nach römiſchem Rechte ſchlechthin in die Willkür eines Dritten geſtellt werden, den ernannten Erben ihre Erbtheile nach ſeinem Belieben zu beſtimmen [88]).

---

80) L. 9. §. 9. L. 62. §. 1. D. h. t. Cf. L. 33. §. 1. D. de cond. et dem.

81) L. 9. pr. D. h. t.

82) §. 4. J. h. t.

83) §. 6. J. l. c. L. 9. §. 12. D. h. t.

84) Von zwei bis zu elf aufwärts ſteigend: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx; eine halbe Unze semuncia, anderthalb sescunx oder sescuncia. §. 5. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 50. §. 2. D. h. t. Volusius Maecianus et Balbus de asse edid. Böcking, Bonnae 1831. Vgl. d. Art. As, Bd. 1, S. 460.

85) L. 13. §. 1. cit. Cf. L. 47. §. 1. L. 81. pr. D. ibid.

86) L. 2. 36. D. h. t. L. 12. D. de b. p. c. t. (37. 11.) Cf. L. 38. D. de cond. et dem. (35. 1.)

87) L. 2. in f. L. 81. §. 1. D. h. t.

88) Vgl. oben Note 26. Anderer Meinung ſcheint Mayer, §. 19, Note 12, der auch annimmt, daß die Wahl unter Mehreren dem Willen eines Dritten anheim gegeben werden könne. Aber L. 7. §. 1. D. de reb. dub. gibt

Zudem ſind in Betreff der Vertheilung der Erbfolge noch folgende Punkte zu beachten:

a) Es iſt möglich, daß der Erblaſſer zwar allen eingeſetzten Erben Theile der Erbſchaft beſtimmt, daß aber dieſe den verſchiedenen Erben angewieſenen Theile zuſammen genommen das Ganze überſchreiten oder umgekehrt noch nicht erſchöpfen. Im erſten Falle tritt unvermeidlich eine Minderung jener Erbtheile ein, und zwar erleiden in der Regel alle im Verhältniß ihrer Größe ſo viel Abzug, als die mathematiſche Reduction auf das wahre Ganze nothwendig macht, ſo daß z. B. aus vergebenen ſechs Viertheilen eben ſo viel Sechstheile gemacht werden[89]). Wenn jedoch die erkennbare Willensmeinung des Erblaſſers dieſe iſt, daß der einem Erben angewieſene Erbtheil durch Einſetzung eines Anderen um ſo viel geſchmälert werden ſoll, als dieſem ertheilt wird, ſo iſt das natürlich zu befolgen. Dieſe Willensmeinung aber ſoll nach einer Juſtinianiſchen Verordnung im Zweifel angenommen werden, wenn der Teſtator zuvor Jemanden deutlich auf das Ganze und dann hinterher einen Anderen auf einen beſtimmten Theil eingeſetzt hat[90]). In dem zweiten oben angegebenen Falle wäre es an ſich denkbar, daß in Anſehung der nicht vergebenen Theile die Inteſtaterbfolge eintrete, wenn nicht die bekannte Regel entgegenſtände: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Nur bei Soldatenerbſchaften, für welche dieſe Regel überhaupt nicht gilt, kann daher jene Folge eintreten, wo nicht aus den Umſtänden hervorgeht, daß der Teſtator eine ſolche Concurrenz von Inteſtaterben und Teſtamentserben nicht beabſichtigt habe, ſondern der Mangel nur durch einen Schreib- oder Rechnungsfehler entſtanden ſein müſſe[91]). Sonſt aber wächſt der keinem Erben angewieſene Theil der Erbſchaft von ſelbſt den angegebenen Erbtheilen der eingeſetzten Erben hinzu, ſo daß dieſe in gleichem Verhältniß vergrößert, wie im erſten Falle vermindert werden[92]).

b) Es kann auch der Fall ſein, daß der Erblaſſer einigen der ernannten Erben ihre Erbtheile feſtgeſetzt hat, anderen nicht. Alsdann gilt in Anſehung des nach Abzug der erſten noch übrigen Theiles der Erbſchaft für diejenigen Erben, welchen ein beſtimmter Theil nicht beigelegt iſt, daſſelbe, was in Ermangelung aller Theilbeſtimmung für alle Erben in Anſehung der ganzen Erbſchaft Regel iſt; ſie ſind zu gleichen Theilen dieſes Theiles eingeſetzt[93]). Nun kann aber durch die angewieſenen Erbtheile das Ganze ſchon erſchöpft oder gar überſchritten ſein. Hat der

---

kein Argument dafür, ſo wenig wie Jemand L. 16. D. de legat. II. dazu benutzen möchte.

89) §. 7. J. h. t. L. 13. §. 4—7. D. h. t. Cf. L. 47. §. 1. ibid.

90) L. 23. Cod. de legatis. (6. 37.) Ueber die verſchiedenen Anſichten betreffend die Erklärung dieſer Stelle und deren Verhältniß zu den angeführten Pandektenſtellen vgl. Schrader, Abh. Bd. 2, H. 4. Mühlenbruch, Bd. 40, S. 122—133. Mayer, §. 26, Note 2. Vangerow, Bd. 2, H. 1, S. 162—166.

91) §. 5. J. h. t. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.) L. 1—3. Cod. eod. (6. 21.)

92) §. 5. 7. J. h. t. L. 13. §. 2. 3. D. h. t.

93) §. 6. J. l. c. L. 17. pr. §. 1. D. h. t.

Teſtator, nachdem er das Ganze vergeben, noch Andere ausdrücklich auf die übrigen Theile, auf den Reſt eingeſetzt, ſo wird dieſe Einſetzung freilich, da kein Reſt mehr da iſt, illuſoriſch ſein[94]). Sonſt aber muß doch für die ohne Angabe des Erbtheiles eingeſetzten Erben ein ſolcher ermittelt werden. Nach römiſcher Rechnungsweiſe geſchah dieſes folgendermaßen. Hatte der Teſtator nach Vertheilung von zwölf Unzen (expleto asse) Andere sine parte eingeſetzt, ſo wurde für die letzten ein zweiter as angenommen (in alium assem venire, alterum assem datum) oder mit anderen Worten, es wurde das Ganze in zweimal zwölf Theile getheilt (dupondius); und von dieſen halben Unzen erhielten die cum parte eingeſetzten Erben ſo viele als ihnen Unzen zugedacht waren, alſo zuſammen zwölf; die übrigen Theile, alſo die Hälfte der ganzen Erbſchaft, gehörten den sine parte Eingeſetzten[95]). In gleicher Weiſe wurden bei einer Vertheilung von mehr als zwölf Unzen die nach deren Abzug von vier und zwanzig Theilen noch übrig bleibenden Halbunzen (quod dupondio deest) den sine parte eingeſetzten Erben zugetheilt[96]). In beiden Fällen beſtand die Operation einfach darin, daß die cum partibus Eingeſetzten nur die Hälfte ihrer Nominalerbtheile erhielten, nämlich halbe Unzen ſtatt ganzer oder nur halb ſo viel ganze Unzen, wodurch man denn für die anderen Erben noch Etwas erübrigte. Waren aber ſogar vier und zwanzig oder mehr Unzen vergeben, ſo mußte man zu einem dritten as greifen und damit eben ſo verfahren, wie mit dem zweiten; es wurden dann dreimal zwölf Unzen des Ganzen angenommen, alſo die einzelnen Unzen und ſomit auch die darnach beſtimmten Erbtheile auf ein Drittel ihres Nominalbetrages beſchränkt[97]); und ſo nöthigenfalls weiter auf ein Viertheil u. ſ. w. (tripondius? quadripondius?). Von dieſer Rechnungsweiſe kann nun noch jetzt unmittelbar Gebrauch gemacht werden, wenn der Teſtator blos nach gewiſſen Verhältnißzahlen, ohne Angabe der Bruchtheile des Ganzen, einigen Erben die Erbtheile beſtimmt und andere ohne ſolche Beſtimmung eingeſetzt hat; z. B. den A. ſetze ich zu 6 Theilen ein, den B. zu 8 Theilen; auch C. ſoll mein Erbe ſein. Denn auf den Gebrauch des Wortes unciae konnte es dabei nicht ankommen[98]). Gewöhnlich aber werden die Erbtheile in beliebigen Bruch-

---

94) L. 17. §. 3. cf. L. 78. §. 3. L. 79. D. h. t.

95) L. 17. §. 3. cf. L. 20. §. 1. L. 53. D. h. t. §. 6. J. h. t.

96) §. 8. J. h. t. L. 18. 87. D. h. t.

97) §. 8. J. cit. L. 17. §. 5. D. h. t. Quodsi quis dupondium distribuit et tertium sine parte instituit, hic non in alium assem (nach Hal. dupondium) sed in trientem venit. Dieſe Stelle iſt ſo zu verſtehen: Wenn 24 Theile vergeben ſind und nun noch einer sine parte eingeſetzt iſt, ſo ſind nicht jene 24 Theile zuſammen als ein As anzuſehen und nun ein anderer As, alſo die Hälfte der ganzen Erbſchaft dem sine parte scriptus zuzuſprechen, ſondern dieſer bekommt nur ein Dritttheil der Erbſchaft; es ſind zu den ſchon vergebenen zweimal zwölf Unzen noch zwölf als dritter As hinzuzudenken, und darnach iſt die Vertheilung zu machen. Vgl. L. 18. D. h. t. Eadem ratio in dupondio omnique re deinceps, quae in asse, servetur.

98) L. 87. cit.: In viginti quatuor enim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, velut ex decem partibus instituto, quinque uncias adsignavit.

theilen des Ganzen beſtimmt ſein, z. B. $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{8}$, $\frac{1}{16}$ u. ſ. w. In dieſem Falle könnte man nun eine Reduction auf die Eintheilung des Ganzen in 12 Theile vornehmen und ſo denn die obige Rechnung anwenden. Aber es muß immer daſſelbe Reſultat geben, wenn man nur ohne Weiteres die einzelnen Erbtheile auf die Hälfte oder ein Drittel u. ſ. w. herabſetzt, je nachdem dieſelben zuſammengenommen das Ganze erſchöpfen oder überſteigen, oder doppelt erſchöpfen u. ſ. w., und das Uebrige dann den anderen Erben zuweiſt. Man möchte zwar glauben, wenn die Bruchtheile kleiner ſeien als $\frac{1}{12}$, ſo müßten ſie nur in $\frac{1}{24}$ oder beziehungsweiſe in $\frac{1}{36}$ verwandelt werden und nur die dann übrig bleibenden Theile den sine parte ernannten Erben zukommen; z. B. wenn A. zu $\frac{3}{14}$, B. zu $\frac{4}{14}$, C. zu $\frac{7}{14}$, D. sine parte eingeſetzt worden, ſo müſſe D. nicht $\frac{1}{2}$, ſondern nur $\frac{10}{24}$ erhalten; denn es müſſe doch einerlei ſein, ob man A. zu 3 Theilen, B. zu 4, C. zu 7 Theilen einſetze, oder auf obige Weiſe; da unter dieſen doch nothwendig durch ihre Concurrenz ſich Vierzehntheile ergeben würden. Aber dieß wäre dennoch verkehrt, weil der Teſtator unter jener Bezeichnung ſich beſtimmte Bruchtheile des Ganzen dachte, die ſich immer auf Zwölftheile reduciren laſſen, denen aber nicht ſchlechthin andere Bruchtheile ſubſtituirt werden können. Es würde darnach ja auch ſonderbarer Weiſe daſſelbe Reſultat herauskommen, wenn der Teſtator z. B. $\frac{16}{14}$, als wenn er $\frac{16}{16}$ an verſchiedene Erben vertheilt und außer ihnen andere sine parte inſtituirt hätte.

c) In den Quellen wird ferner auch der Fall mehrfach berührt, wenn der Teſtator Erben nicht auf aliquote Theile der Erbſchaft eingeſetzt, ſondern beſtimmte Objecte des Erbvermögens oder Quantitäten ihnen zugewieſen hat. Solche Erben heißen heredes ex certa re scripti, instituti, certa re iussi esse contenti; die Neueren ſprechen von einer pars quanta, im Gegenſatze der pars quota. Die Einſetzung auf beſtimmte Sachen iſt zwar eigentlich überall keine wahre Erbeinſetzung, da die Erbfolge, zu welcher die wahre Erbeinſetzung beruft, nicht einzelne Sachen als ſolche zum Gegenſtande hat, ſondern das universum ius defuncti. Doch aber wäre es unangemeſſen, eine ſolche Verfügung ſofort als ungiltig zu verwerfen, wovon die Ungiltigkeit des ganzen Teſtamentes die Folge ſein könnte. Vielmehr wird, wenn der einzigen im Teſtamente enthaltenen Erbeinſetzung eine ſolche Beſchränkung auf eine beſtimmte Sache oder Summe hinzugefügt iſt, dieſe Beſchränkung ganz unbeachtet gelaſſen und der Eingeſetzte als wahrer Erbe, und zwar als heres ex asse, angeſehen, detracta rei, z. B. fundi, mentione, nicht anders, wie der auf ein Viertheil eingeſetzte einzige Erbe quasi sine parte scriptus heres iſt[99]). Eben ſo wenn Mehrere, aber alle auf beſtimmte Sachen oder Summen, eingeſetzt ſind, ſo werden dieſelben alle als wahre Erben angeſehen, und zwar als zu gleichen Theilen eingeſetzte Erben, quasi sine partibus scripti heredes, indem für die univerſelle Erbfolge wirklich keine Theile

---

99) L. 1. §. 4. cf. L. 74. D. h. t. L. 41. in f. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

beſtimmt ſind [100]). Selbſt dann wird es ſo gehalten, wenn Mehrere auf eine und dieſelbe Sache zu verſchiedenen Theilen eingeſetzt ſind; auch dann ſind ſie Erben zu gleichen Theilen [101]). Doch kann ſich darin wohl auch der Wille kund geben, die Theilung der Erbfolge feſtzuſetzen, und dieß muß denn auch beachtet werden; z. B. wenn Jemand ein Landgut für ſein einziges Vermögen haltend mehrere Erben darauf zu verſchiedenen Theilen einſetzte, oder wenn er ſein Vermögen im Ganzen zu einem gewiſſen Geſammtbetrag anſchlug und darnach die Summen beſtimmte, auf die er die Erben eingeſetzt haben wollte, wo das Verhältniß dieſer Summen zu einander wohl mit Recht als Maßſtab der Vertheilung der Erbfolge überhaupt feſtgehalten werden kann [102]). Außerdem aber wird in jedem ſolchen Falle die den einzelnen zu Erben eingeſetzten Perſonen zugewieſene pars quanta des Erbvermögens als Vermächtniß (Prälegat) behandelt, während ſie zu gleichen Theilen Erben ſind, wie dieß namentlich in Beziehung auf einen Fall ausführlich gezeigt wird, in welchem Jemand Einen zum Erben ſeines italiſchen, einen Anderen zum Erben ſeines Provinzialvermögens ernannt hatte [103]). Anders verhält es ſich, wenn außer den auf beſtimmte Vermögensobjecte angewieſenen Erben noch andere Perſonen zu Erben eingeſetzt ſind, entweder ausdrücklich auf aliquote Theile oder ganz ohne nähere Angabe darüber. In dieſem Falle werden die letzten allein Erben im wahren Sinne; nur ſie ſuccediren in Wahrheit in universum ius; die erbſchaftlichen Klagen, activ und paſſiv, Forderungen und Schulden, gehen auf dieſe allein über; jene dagegen erhalten nur dasjenige, worauf ſie eingeſetzt ſind, ſie ſind legatariorum loco [104]). Doch iſt es nicht ganz gleichgiltig, daß ſie zu Erben eingeſetzt worden ſind; ſie ſtehen nicht ſchlechthin denjenigen gleich, welchen nur ein Vermächtniß hinterlaſſen worden. Nur wenn die Anderen, alle oder einige, die Erbſchaft erwerben, ſind dieſe allein wahre Erben, und jene weſentlich nichts anderes als Legatare [105]); wenn aber keine der übrigen Erbeinſetzungen wirkſam wird, z. B.

---

100) L. 10. D. h. t.: Nec enim facile ex diversitate praediorum (ſo oder ex div. pretiorum iſt ohne Zweifel zu leſen ſtatt der Florent. sed diversitate pretium, oder nach Torelli partium) portiones inveniuntur. L. 11. D. ibid.

101) L. 9. §. 13. D. h. t.

102) Cf. L. 9. §. 13. cit. in f. verb.: Si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragetur.

103) L. 35. 78. pr. D. h. t.

104) So hat Juſtinian in L. 13. Cod. h. t. entſchieden.

105) Eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus .... nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex re certa scriptorum fieri. Allem Anſcheine nach liegt darin allerdings eine Neuerung. Nach älterem Rechte war der in re certa institutus immer eigentlich Erbe, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset, er konnte nur durch das iudicium familiae erciscundae genöthigt werden, ſich mit demjenigen zu begnügen, worauf der Erblaſſer ihn beſchränkt hatte, und dadurch wurde er im Effect legatarii loco. L. 1. Gregor. Cod. fam. ercisc. Cf. L. 35. pr. D. h. t. verb.: dicebam receptum esse etc. Ipso iure aber ſtanden ihm doch pro parte die actiones hereditariae zu als wahrem Erben, die er den Miterben zu cediren hatte, und umgekehrt konnte er pro parte

durch früheren Tod der Eingeſetzten, oder Ausſchlagung, ſo wird ſich die Erbeinſetzung der in re certa instituti wieder als wahre Erbeinſetzung geltend machen, detracta rei certae mentione, als wäre ſie vom Anfang die einzige geweſen [106]). Von Manchen wird ſogar behauptet, der in re certa institutus ſei auch bei der Concurrenz mit Anderen in jeder Beziehung als Erbe zu behandeln, nur mit der Modification, daß er blos die ihm angewieſenen Sachen erhalte und an Forderungen und Schulden keinen Theil habe [107]), was ſich jedoch nicht billigen läßt [108]). Auch der Fall, wenn Jemand auf den Nießbrauch zum Erben eingeſetzt iſt, muß conſequent gleich der institutio in re certa behandelt werden. Doch kann namentlich in dem vielbeſprochenen Falle, wenn der Eine auf den Nießbrauch des ganzen Vermögens oder eines aliquoten Theiles zum Erben eingeſetzt und nach deſſen Tode ein Anderer zum Erben berufen iſt, wohl eine andere Willensinterpretation zuläſſig ſein [109]). Uebrigens greift auch in Beziehung auf die Behandlung der institutio in rebus certis das beſondere Recht der Soldatenteſtamente ein [110]).

d) Einer beſonderen Beachtung bedarf noch in Rückſicht der Beſtimmung der Erbtheile die Verbindung mehrerer eingeſetzten Erben zu

---

von den Erbſchaftsgläubigern belangt werden, wogegen nur die Miterben ſeine Vertheidigung zu übernehmen hatten, indem ſie ihn auf die res certa beſchränkten, ohne daß ſie aber im Stande geweſen wären, ihn auf ſolche Weiſe direct von den Anſprüchen der Gläubiger zu befreien. Arg. L. 2. §. 3. L. 3. D. fam. ercisc. (10. 2.) Juſtinian hat nun verordnet, daß mit Vermeidung aller Umwege ſchlechthin nur die nicht auf beſtimmte Sachen angewieſenen Erben hereditariis actionibus klagen und belangt werden, d. h. allein wirklich in universum ius ſuccediren ſollten. Ob nun der in re certa institutus nicht doch noch des iud. fam. ercisc. theilhaft ſei, ſcheint eine wenig praktiſche Frage. Es iſt dieß gewiß nicht das geeignete Mittel, um einen ſingulären Rechtsanſpruch geltend zu machen, für denjenigen, der an der univerſellen Erbfolge (an der familia in dieſem Sinne) gar keinen Theil hat, und die wahren Erben bedürfen nach L. 13. cit. dieſes Mittels überall nicht mehr, um die Anſprüche des erſten auf ſolche Theilnahme zurückzuweiſen. Actio hereditaria iſt übrigens die actio fam. ercisc. nicht, ſo wenig wie die hereditatis petitio.

106) Mayer, Erbr. Bd. 1, §. 19, Note 6. Vergl. Mühlenbruch, Bd. 40, S. 169—178.

107) Hennemann, Unterſuchung zweier Rechtsfragen (Schwerin 1790), Nr. 1. Vangerow, Leitf. Bd. 2, H. 1, S. 156—159, u. A.

108) Vgl. Mühlenbruch a. a. O., der noch in Bd. 36, S. 353, Note 93, derſelben Meinung ſich geneigt erklärt, in den früheren Ausgaben ſeines Lehrbuches aber mit der Mehrzahl den heres in re certa institutus im fraglichen Falle ſchlechthin dem Legatar gleichgeſtellt hatte. Hennemann und Vangerow wollen in L. 13. cit. die Worte quos legatariorum loco haberi certum est gegen alle Wahrſcheinlichkeit nur auf diejenigen, die certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt beziehen, nicht auf die ex re certa scripti heredes. Die erſten ſind ſolche, welche zu Erben eingeſetzt und dann angewieſen worden, in Anſehung dieſer ihrer Erbeinſetzung mit gewiſſen Sachen ſich zu begnügen; unrichtig überſetzt man: die anſtatt der Erbeinſetzung mit gewiſſen Sachen zufrieden ſein ſollen. Cf. L. 10. Cod. fam. ercisc. (3. 36.)

109) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 183—187.

110) Vgl. L. 6. 17. pr. §. 1. D. de test. milit. (29. 1.) Cf. L. 16. §. 6. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

einem gemeinſchaftlichen Erbtheil. Wie nämlich die ſämmtlichen eingeſetzten Erben zu der ganzen Erbſchaft vereinigt ſind, ſo können unter denſelben wieder mehrere insbeſondere zu einem Theile der Erbſchaft vereinigt werden, dergeſtalt, daß ſie zuſammen gegenüber den anderen Erben nur einen Theil haben, im Gegenſatze zu dieſen als eine Geſammtheit auftreten (quasi in unum corpus redacti). Es hängt auch dieſes, wie die ganze Vertheilung der Erbfolge, lediglich von dem Willen des Erblaſſers ab; und dieſen Willen zu erkennen, iſt Sache der Interpretation. Er kann klar ausgeſprochen ſein, indem der Teſtator mehrere Erben ausdrücklich zu einem gemeinſchaftlichen Erbtheile beruft, entweder in derſelben Satzverbindung, z. B. Titius ſoll mein Erbe ſein zur Hälfte, auf die andere Hälfte ſetze ich den Cajus und Sempronius zu Erben ein (re et verbis coniuncti)[111], oder auch in verſchiedenen Sätzen, z. B. Titius ſoll mein Erbe ſein zur Hälfte; Cajus und Sempronius ſollen Jeder ein Viertheil der Erbſchaft haben; auch den Sejus ſetze ich mit dem Titius auf denſelben Erbtheil ein (re, nicht verbis, coniuncti). Die Frage kann aber zweifelhafter ſein. Wenn z. B. im letzten Falle geſagt wäre: den Sejus ſetze ich auf denſelben Erbtheil ein, wie den Titius, ſo könnte dieſes auch ſo ausgelegt werden, daß der Sejus nur auf einen eben ſo großen Erbtheil eingeſetzt ſein ſolle, als auf welchen der Titius eingeſetzt worden, ſo daß hier die Regel sub a) anzuwenden wäre, als ob drei Hälften vergeben wären; und dieſe Auslegung möchte hier ſogar mehr für ſich haben, während dagegen der Ausdruck: den Sejus ſetze ich auf denſelben Erbtheil ein, auf welchen der Titius eingeſetzt iſt, ſchon eher berechtigt, eine Verbindung beider zu einem gemeinſchaftlichen Erbtheil für beabſichtigt zu halten, zumal wenn die Erbſchaft außerdem ſchon ganz vergeben iſt[112]. Dieſelbe Abſicht kann ſich auch ohne nähere Beſtimmung der Erbtheile ſchon dadurch ausſprechen, daß der Teſtator mehrere Erben im Gegenſatze der übrigen zuſammenſtellt oder unter einer Collectivbezeichnung zuſammenfaßt; z. B. ich ſetze zu Erben ein den A., B., C.; außerdem ſollen auch D. und E. meine Erben ſein, oder: ich ſetze zu Erben ein meinen Freund A., meinen Bruder B. und die Kinder meines verſtorbenen Bruders C. Hier werden die Letzten zuſammen ein Drittheil der Erbſchaft bekommen[113]; dort D. und E. zuſammen ein Vier-

---

111) L. 142. D. de V. S.: Veluti Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto, vel Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto.

112) L. 142. cit.: Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto. — Julianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Caio Seio institutus sit: sed eo quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse. Cf. L. 15. pr. D. h. t. Gewiß unrichtig iſt es, wenn Mayer, Bd. 1, S. 92, in dieſen Fällen auch eine re et verbis coniunctio erkennen will; die Erbeinſetzung der beiden Erben iſt ja in ganz getrennten Sätzen enthalten, und könnte mit derſelben Wirkung in ganz verſchiedenen Stellen des Teſtamentes vorkommen.

113) L. 13. pr. D. h. t.: Primus et fratris mei filii .. semissem fra-

theil[114]). Es kommt jedoch darauf an, ob nicht durch irgend einen Zuſatz oder aus dem ganzen Zuſammenhange der Verfügung eine andere Willensmeinung des Erblaſſers mit Gewißheit oder überwiegender Wahrſcheinlichkeit zu erkennen iſt, in welchem Falle die zuſammen genannten blos verbis, aber nicht re coniuncti, d. h. in Wahrheit nicht auf einen gemeinſchaftlichen Erbtheil eingeſetzt ſind, ſondern Jeder für ſich den nach der Geſammtzahl der Erben ihm zukommenden Erbtheil in Anſpruch zu nehmen hat. Nach der Erklärung der römiſchen Juriſten ſoll namentlich dann eine Verbindung in Anſehung des Erbtheiles nicht angenommen werden, wenn ausdrücklich bemerkt iſt, daß die zuſammen genannten zu gleichen Theilen erben ſollen[115]). Sind einige Erben auf beſtimmte Erbtheile eingeſetzt, andere ohne ſolche Angabe oder auf den Reſt, ſo ſind deßhalb allein die letzten noch nicht als verbunden zu einem gemeinſchaftlichen Erbtheil anzuſehen. Dieß iſt aber nur von Bedeutung in Betreff des Anwachſungsrechtes, wenn einer von den eingeſetzten Erben wegfällt; denn was die urſprüngliche Vertheilung betrifft, ſo iſt hier nach den unter b) angegebenen Beſtimmungen kein Zweifel, daß jene zu dem nicht vergebenen Theile der Erbſchaft zu gleichen Theilen berufen ſind[116]). Und eben ſo iſt auch der Fall zu beurtheilen, wenn expleto asse noch Andere ohne Theilbeſtimmung eingeſetzt ſind[117]).

3) Nebenbeſtimmungen, welche bei der Erbeinſetzung vorkommen können, ſind

a) Bedingungen, conditiones[118]). Regelmäßig kann der Erblaſſer die Erbeinſetzung von einem künftigen ungewiſſen Ereigniß abhängig machen, d. i. eben eine wahre eigentliche Bedingung derſelben wirkſam hinzufügen, auch zugleich mehrere, copulativ oder alternativ[119]). Die Wirkung davon beſteht darin, daß die Delation der Erbſchaft durch dieſe Erb-

---

tris filii, semissem Primus haberet. Cf. L. 11. D. ibid.: Attius ... duo Titii .. heredes sunto: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem. L. 11. Cod. de impub. et al. subst. (6. 26.) Titius una cum filiis et Sempronius heredes sunto.

114) L. 59. §. 2. cf. L. 17. §. 4. D. h. t.

115) L. 13. cit.: Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto ... haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos. L. 66. D. ibid.: Titius heres esto. Caius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto. Cf. L. 89. D. de legat. III.

116) L. 11. §. 1. cf. L. 63. D. h. t. Vgl. den Art. Anwachſungsrecht, Bd. 1, S. 298—301.

117) L. 17. §. 4. D. h. t. ... si expleto asse duo sine partibus scribantur .. isti duo an in unum coniungantur? ... et verius est in unum assem (sc. in alium oder secundum assem) venire; aber vgl. L. 17. §. 2. ibid.: Neque hos neque illos coniunctos. Doch ſoll nicht geſagt ſein, daß nicht die sine partibus scripti Alle oder Einige unter ihnen auch wahrhaft coniuncti ſein können. Vgl. Mayer, §. 28, Note 6.

118) Dig. de conditionibus institutionum. (28. 7.) Cod. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. (6. 25.) Cf. Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. (35. 1.) Mühlenbruch, der Erläuter. Bd. 41, S. 45—276.

119) §. 9. 11. J. h. t.

einſetzung, wenn auch alle ſonſtigen Vorausſetzungen derſelben eingetreten ſind, noch aufgeſchoben bleibt bis zum Eintritt des zur Bedingung geſtellten Ereigniſſes, und, ſobald das Nichteintreten dieſes Ereigniſſes entſchieden iſt (conditione deficiente), die Erbeinſetzung als nichtig und wirkungslos erſcheint. Sind mehrere Bedingungen verbunden (conjunctiv, copulativ) der Erbeinſetzung hinzugefügt, ſo müſſen ſie ſämmtlich erfüllt ſein, damit dieſe unbedingt werde[120]). Von mehreren alternativ geſtellten Bedingungen dagegen braucht nur die eine oder die andere erfüllt zu werden[121]); die Deficienz der einen ſchadet nicht, wenn nur die andere früher oder ſpäter erfüllt wird[122]); dieß genügt zur vollſtändigen Wirkſamkeit der Erbeinſetzung eben ſo als ob beide oder alle Alternativen eingetreten wären[123]). Gleiches gilt auch, wenn ſich dieſelbe Perſon mehrmals, aber unter verſchiedenen Bedingungen auf dieſelbe ganze Erbſchaft oder einen und denſelben Erbtheil eingeſetzt findet[124]), ſo wie auch beim Zuſammentreffen einer urſprünglich unbedingten und einer bedingten Erbeinſetzung die erſte allein entſcheidet[125]), während die unbedingte Einſetzung auf einen Theil und die bedingte Einſetzung derſelben Perſon auf einen anderen Erbtheil, natürlich alſo auch verſchieden bedingte Einſetzungen derſelben Perſon auf verſchiedene Erbtheile, eine jede für ſich in Betracht kommen[126]).

Was die Erfüllungen der Bedingungen betrifft, ſo gelten darüber die allgemeinen Grundſätze[127]). Zur Richtſchnur dient der allgemeine Satz: in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari[128]). Darnach iſt im einzelnen Falle zu ermeſſen, inwiefern buchſtäblich das Eintreten der im Teſtamente bezeichneten Thatſache gefordert werde[129]), und insbeſondere auch ob etwa ſchon die an den Tag gelegte Bereitwilligkeit zur Erfüllung von Seiten des bedingt Eingeſetzten bei zufälliger Verhinderung derſelben der wirklichen Erfüllung

---

120) L. 5. D. h. t.: Omnibus parendum est, quia unius loco habentur. §. 11. J. cit.

121) L. 5. D. cit.: Si disiunctim, cuilibet.

122) L. 78. §. 1. D. de cond. et dem. Cf. L. 26. pr. ibid.

123) §. 11. J. l. c.: Si separatim, veluti si illud aut illud factum erit, cuilibet obtemperare *satis est*. Ein Anderes iſt in neueſter Zeit behauptet und mit Scharfſinn vertheidigt worden für den Fall, daß einem Haupterben ein Anderer als Miterbe unter alternativer Bedingung abjicirt wird. Huſchke, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 12, H. 11, S. 375—426. Dagegen vgl. Arndts, in derſ. Zeitſchr. Bd. 13, H. 12, S. 293—321. Vangerow, in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. 3, S. 571—588. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 56—58. Doch hat darauf wieder Huſchke ſeine Anſicht vertheidigt in der Zeitſchr. Bd. 15, H. 11, 12, S. 235—311.

124) L. 17. D. h. t. L. 27. §. 2. D. de hered. instit.

125) L. 27. §. 1. L. 67. D. l. c.

126) L. 17. pr. L. 56. §. 6. cf. L. 33. D. l. c.

127) Vgl. den Art. Bedingung, Bd. 1, S. 780—783. Savigny, Syſtem des heut. röm. R. Bd. 3, S. 135—148.

128) L. 19. pr. L. 101. pr. D. de cond. et dem.

129) Vgl. L. 3. Cod. h. t. L. 11. §. 11. D. de legat. III.

gleichzuachten ſei. Als Regel kann dieß keineswegs angenommen werden[130]). Wohl aber kommen die beiden Regeln zur Anwendung: perinde haberi ac si impleta conditio fuisset, quoties per eum, cuius interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur[131]), und quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur[132]). Die Bedingung, daß Jemand Kinder haben werde, kann nach ſingulärer Rechtsvorſchrift durch das ſolenne Gelübde der Keuſchheit unter Beſtimmung des Vermögens ad pias causas erfüllt werden[133]). Die Erfüllung kann übrigens ſowohl ſchon bei Lebzeiten des Teſtators eingetreten ſein, als erſt nach deſſen Tode ſtatthaben, wenn nicht dieſelbe durch die eigenthümliche Beſchaffenheit der Bedingung nothwendig auf jene oder dieſe Zeit beſchränkt iſt[134]). Iſt aber eine Willenshandlung zur Bedingung geſetzt, die ihrer Natur nach eine mehrmalige willkürliche Wiederholung zuläßt (conditio promiscua), ſo iſt in der Regel zur Erfüllung der Bedingung erforderlich, daß jene nach dem Tode des Erblaſſers und mit Rückſicht auf deſſen Willen (ut testamento pareatur) vollzogen werde, es möchte denn ſich erkennen laſſen, daß es dem Teſtator nur auf das einmalige Geſchehen ankam, wie bei anderen Bedingungen im Zweifel immer anzunehmen iſt[135]). Bei dieſen iſt auch genügend, wenn ſie ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung erfüllt waren, ohne daß der Teſtator Kunde davon hatte[136]). In jedem Falle aber muß die Erfüllung der Bedingung noch bei Lebzeiten des Eingeſetzten eintreten; den Erben deſſelben kann ſie nicht mehr nützen[137]). An eine beſtimmte Zeitfriſt dagegen innerhalb ſeines Lebens iſt der bedingt Eingeſetzte in Anſehung der Erfüllung der Bedingung, auch wenn dieſe von ſeiner Willkür abhängt, regelmäßig nicht gebunden, ſo daß durch Verſäumung jener Friſt die Bedingung ſchlechthin als vereitelt anzuſehen wäre; er kann nur in ſolchem Falle zur Erfüllung der Bedingung und dann zur Antretung der Erbſchaft während einer gewiſſen Friſt indirect

130) Savigny a. a. O. S. 144 flg. Vgl. Vangerow, Leitf. Bd. 2, S. 128—132. Mühlenbruch a. a. O. S. 211 flg.

131) L. 161. D. de reg. iur., z. B. durch den Subſtituten oder Miterben des bedingt Eingeſetzten oder durch den Inteſtaterben. Cf. L. 81. §. 1. D. de cond. et dem.

132) L. 24. D. de cond. et dem. nach der florent. Lesart, die freilich wohl nicht den Vorzug vor der Lesart non impleri verdient. Anwendungen dieſes Satzes aber enthalten L. 14. 31. 78. pr. D. l. c. L. 11. 23. D. h. t. Savigny, S. 138, 139. Aber immer iſt im einzelnen Falle darauf zu achten, ob nicht die Meinung des Teſtators vielmehr dieſe war, daß das bezeichnete Factum wirklich eintreten ſolle. L. 23. cit.

133) L. 53. §. 2. Cod. de episcop. et cler. (1. 3.)

134) L. 2. 91. D. de cond. et dem. Cf. L. 10. pr. L. 19. pr. D. ibidem.

135) L. 2. 11. §. 1. D. l. c.

136) L. 10. §. 1. L. 11. pr. cf. L. 9. D. l. c.

137) L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. (6. 51.) Cf. L. 59. 101. D. l. c. L. 28. D. h. t.

auf die Weiſe angehalten werden, wie auch ſonſt die Entſcheidung über Annahme einer wirklich deferirten Erbſchaft betrieben werden kann[138]).

So lange nun nach dem Tode des Erblaſſers die Erfüllung der Bedingung noch zu erwarten ſteht, ſo lange bleibt es noch ungewiß, ob die Erbfolge kraft dieſer Erbeinſetzung werde deferirt werden oder nicht, und kann alſo weder die definitive Antretung durch die bedingt Eingeſetzten ſtatthaben, noch auch auf der anderen Seite der Subſtitut deſſelben oder der Miterbe (iure accrescendi) oder der Inteſtaterbe den Erbtheil oder die Erbſchaft für ſich begehren. Die Agnition der bonorum possessio jedoch wird durch die noch ſchwebende Bedingung nicht gehindert, wenn nur die Einſetzung ſonſt giltig iſt; durch ſie kann ſich der bedingt Eingeſetzte ſchon pendente conditione einſtweilen in die Lage eines Erben verſetzen, und dadurch dem ſonſt zu befürchtenden Nachtheile im Falle langedauernder Unentſchiedenheit vorbeugen [139]). Dieſe bonorum possessio erſcheint in den betreffenden Stellen als ganz regelmäßige, quae ex edicto competit, nicht abhängig von einer causae cognitio und förmlichem decretum; und es iſt denn auch zu behaupten, daß ſie innerhalb der edictmäßigen Friſt von dem bedingt Eingeſetzten agnoſcirt werden müſſe [140]), damit nicht dieſelbe dem Subſtituten als secundo loco bedingt eingeſetzten Erben deferirt werde[141]), oder die bonorum possessio secundum tabulas der Miterben iure accrescendi auch über den Erbtheil des nicht agnoſcirenden ſich erſtrecke [142]), oder in Ermangelung beider die bonorum possessio intestati eröffnet werde [143]). Wie aber dieſe vereitelt wird, wenn die Bedingung der Erbeinſetzung hinterher in Erfüllung geht und der Eingeſetzte nunmehr die Erbſchaft civilrechtlich antritt, ſo muß umgekehrt die von dem bedingt Eingeſetzten agnoſcirte bonorum possessio secundum tabulas sine re werden, wenn nachher die Bedingung der Erbeinſetzung deficirt, und nunmehr die Erbſchaft oder der fragliche Erbtheil denjenigen erworben wird, welche als Subſtituten oder Miterben oder Inteſtaterben nach jenem zunächſt Anſpruch darauf haben. Dieſe können nun als Civilerben gegen jenen die Erbſchaftsklage anſtellen, und dadurch deſſen bonorum possessio ihres Effectes berauben[144]). Mit Rückſicht auf dieſen möglichen Fall kann da-

138) L. 4. §. 2. L. 5. 23. §. 1. 2. D. de hered. instit. Mühlenbruch, S. 236—243.

139) L. 5. pr. L. 6. 10. 12. in f. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.)

140) L. 3. §. 13. D. de bon. poss. c. t. (37. 4.) Bonorum possessionem secundum tabulas accipere potest et debet.

141) L. 2. §. 4. D. l. c.

142) L. 2. §. 2. 7. D. l. c. L. 5. §. 9. — L. 5. D. de bon. poss. (37. 1.)

143) L. 1. §. 2. D. si tab. test. nullae. (38. 6.) L. 1. §. 10. D. de succ. edicto. (38. 9.)

144) L. 12. D. qui satisdare cog. (2. 8.) Et si defecerit conditio adeuntem hereditatem substitutum ... petere hereditatem posse. Daſſelbe gilt vom Inteſtaterben. L. 1. §. 7. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) Natürlich wird auch demjenigen, der blos als prätoriſcher Erbe nach dem bedingt Eingeſetzten folgte, nun zur Erbſchaft verholfen ſein. Dagegen wird dieſer im Beſitze erhalten, wenn er ſelbſt deficiente conditione der nächſte Inteſtaterbe iſt,

her der bedingt Eingeſetzte, welcher die bonorum possessio agnoſcirt hat, zur Cautionsleiſtung wegen dereinſtiger Reſtitution der Erbſchaft an den Berechtigten angehalten werden[145], worüber der Prätor nach Befinden der Umſtände erkennt[146]), und wovon denn auch wohl die Ertheilung der bonorum possessio gleich Anfangs abhängig gemacht werden mag, wenn der betreffende Antrag der Gegenpartei ſo frühzeitig geſtellt worden iſt. Der Anſpruch auf Cautionsleiſtung wird zwar im Allgemeinen nur dem Subſtituten ausdrücklich beigelegt[147]); aus anderen Stellen aber läßt ſich entnehmen, daß den Miterben daſſelbe Recht zuſtehe[148]), und nach dem ganzen Zuſammenhange iſt auch zu Gunſten der Inteſtaterben Gleiches anzunehmen, wie für einen Fall einer negativen Bedingung von Juſtinian ausdrücklich anerkannt iſt[149]). Die Anwendbarkeit der angegebenen Beſtimmungen auf negative wie auf affirmative Bedingungen iſt nämlich im Allgemeinen unzweifelhaft. Insbeſondere hervorzuheben aber ſind darunter negative Poteſtativbedingungen, conditiones non faciendi, und zumal ſolche, deren eigentliche Erfüllung bis zum Tode des Eingeſetzten unentſchieden bleiben muß. Für den Fall, daß einem Vermächtniß eine Bedingung dieſer letzten Art hinzugefügt werde, iſt bekanntlich die Muciana cautio eingeführt worden, kraft deren der Legatar ſchon bei Lebzeiten das Vermächtniß, als ſei es unbedingt, geltend machen kann, indem er dem Onerirten die Rückerſtattung zuſichert, falls er die Bedingung ſpäterhin übertreten ſollte[150]). Dieſe Muciana cautio iſt denn auch auf Erbeinſetzungen unter ſolchen Bedingungen angewendet worden[151]), ſo daß der Eingeſetzte auch hier gegen Cautionsleiſtung die Erbſchaft ſofort erlangen

---

ſei es auch nur nach prätoriſchem Rechte. L. 5. pr. L. 2. §. 1. D. de b. p. s. tab. L. 3. §. 13. D. de b. p. contra tab. — Nicht richtig ſcheint zu ſein, was der Verf. dieſes Art. an einem anderen Orte angedeutet hat, daß die Ertheilung der bonorum possessio dem bedingt Eingeſetzten vorenthalten werde, wenn die baldige Erfüllung in ſeiner Gewalt ſtehe. Arndts, Beiträge, Bd. 1, S. 184. Vgl. Mühlenbruch, S. 191. Die L. 23. §. 1. D. de hered. instit. betrifft den Fall, wenn der Eingeſetzte die bonorum possessio verſäumt, die er nämlich ſchon vor Erfüllung der Bedingung erlangen könnte, und nun auch die Erfüllung der Bedingung, alſo die eigentliche Delation der Erbſchaft, und ſomit auch die Möglichkeit der Antretung verzögert.

145) L. 8. D. de stip. praet. (46. 5.) Qui sub conditione institutus est, agnita bonorum possessione cogitur substituto ... cavere etc. Cf. Paulli sent. V. 9. §. 1. und Schulting ad h. l. — L. 12. D. qui satisdare cog. (2. 8.) Heredem sub conditione, pendente conditione possidentem hereditatem (cf. L. 3. §. 1. D. de bon. poss.: Hereditatis bonorumve possessio) substituto cavere debere de hereditate.

146) L. 12. D. cit.: Ex causa iubere solet stipulationem interponi. Vgl. Mühlenbruch, S. 192, 193.

147) L. 8. 12. cit.

148) L. 4. §. 1. D. h. t. L. 7. §. 1. D. de cond. et dem.

149) Nov. 22. cap. 44. §. 9.

150) L. 7. pr. L. 72. §. 2. L. 73. L. 79. 101. §. 3. L. 106. D. de cond. et dem.

151) L. 7. pr. D. cit.

kann[152]) und im Falle der Nichtübertretung der Bedingung unwiderruflich behält oder auf ſeine Erben überträgt; und dieſes war, abgeſehen von der Uebertragung der ohne Zweifel genau beſtimmten Cautionsformel auf dieſen Fall, deßhalb bedeutend, weil man ſonſt civilrechtlich die Giltigkeit einer ſolchen Erbeinſetzung oder der fraglichen Bedingung beſtreiten konnte[153]). Es iſt aber der Gebrauch dieſer Mucianiſchen Caution bei Erbeinſetzungen gewiß nicht wie bei Vermächtniſſen beſchränkt geblieben auf diejenigen negativen Poteſtativbedingungen, deren Entſcheidung nicht vor dem Lebensende des Eingeſetzten eintreten wird, ſondern auch auf ſolche conditiones non faciendi ausgedehnt worden, deren Erfüllung auch wohl ſchon früher ſich entſcheiden kann, da in Beziehung auf die Erbfolge die Beſeitigung der Unſicherheit dringender erheiſcht wird, als bei Vermächtniſſen, und deßhalb ja die bedingte Erbeinſetzung überhaupt gegen Cautionsleiſtung zur bonorum possessio berechtigt[154]). Von der Mucianiſchen Caution nun heißt es, ſie müſſe denjenigen geleiſtet werden, welchen deficiente conditione die Erbſchaft (beziehungsweiſe der Erbtheil

---

152) Ob civilrechtlich durch Antretung? oder auch nur durch bonorum possessio? Für das Erſte ſcheint der Umſtand zu ſprechen, daß die Muciana cautio dem ius civile im engſten Sinne angehört; vgl. L. 7. §. 1. D. l. c.: Implere conditionem; und es widerſpricht ihm nicht ſchlechthin, wie in den angeführten Beitr. S. 187, 188, behauptet worden iſt, L. 18. D. h. t., denn deficiente conditione könnte erklärt werden: wenn die Bedingung weder im eigentlichen Sinne noch durch Leiſtung der Caution erfüllt wird. Vergl. aber Mühlenbruch, S. 208—210.

153) Vgl. Arndts, Beitr. S. 188. Mühlenbruch, S. 264, 265. Wer behauptet, daß auch Vermächtniſſe im ſelben Falle, abgeſehen von der Muciana cautio, für ungiltig erklärt werden müßten, wie Mühlenbruch, S. 255, Vangerow, Leitfaden, Bd. 2, §. 436, der muß conſequent annehmen, daß in den Fällen der L. 101. §. 3. und L. 106. D. de cond. et dem., in welchen die muciana cautio nicht anwendbar iſt, weil die Unmöglichkeit der Uebertretung der Bedingung möglicher Weiſe noch vor dem Tode des Legatars entſchieden werden kann, das Vermächtniß ob deficientem conditionem ungiltig ſei, wenn dieſer Fall nicht eintritt, obwohl eine Uebertretung der Bedingung auch nicht ſtattgefunden hat; alſo wenn im Falle der L. 101. der Sohn die Schwiegertochter, im Falle der L. 106. cit. der Titius die Vermächtnißnehmerin überlebt, dort aber eine Trennung der Ehe, hier die Verheurathung mit dem Titius wirklich vermieden worden iſt. Dieſer Annahme aber ſteht L. 101. §. 3. cit. geradezu entgegen: nec ante diem fideicommissi cedere quam mori coeperit nupta vel maritus. Vgl. L. 79. pr. D. ibid. Paulli sent. III. 6. §. 6.

154) Das Beiſpiel in L. 7. pr. D. cit.: Si Stichum non manumiserit, kann auf eine Erbeinſetzung bezogen werden. Cf. L. 4. §. 1. D. h. t. Bei Vermächtniſſen wäre dieß Beiſpiel den ſonſt ausgeſprochenen Grundſätzen (Note 150, 154) nicht entſprechend, mit denen auch L. 67. D. de cond. et dem. nicht im Widerſpruche ſteht, da in derſelben nicht von Freilaſſung eines beſtimmten Sclaven die Rede iſt. Vangerow a. a. O. S. 134. Vgl. Mühlenbruch, S. 261—263. Eine ſehr erklärliche Ausnahme bei Vermächtniſſen, die ſich aber auch als Ausnahme bezeichnet (velut Mucianam cautionem offerri), enthält nur L. 72. §. 1. D. de cond. et dem. — Durchaus unrichtig iſt es übrigens, wenn Manche nur dem unter negativer Poteſtativbedingung eingeſetzten Erben das Recht, gegen Caution den Beſitz des Nachlaſſes zu erlangen, beigelegt haben. Vgl. Mühlenbruch, S. 206, und oben Note 139 flg.

des sub conditione non faciendi Eingeſetzten) zukommen würde[155]). Dieſe aber ſind eben zunächſt die Subſtituten, dann die Miteingeſetzten, und endlich die Inteſtaterben, oder auch diejenigen, denen das Vermögen als erbloſes Gut anfallen könnte, namentlich der Fiscus. Dennoch wird von Manchen beſtritten, daß auch den Inteſtaterben, um wie viel mehr daß denjenigen, die auf die bona vacantia Anwartſchaft haben, von Manchen ſogar, daß den Subſtituten die Mucianiſche Caution zu leiſten ſei[156]); es wird behauptet, wenn Jemand unter einer negativen Poteſtativbedingung allein (ex asse) zum Erben eingeſetzt, und demſelben auch kein Subſtitut ernannt worden, oder ſogar ungeachtet dieſes geſchehen, ſo ſei die Bedingung als unmögliche für nicht hinzugefügt zu achten und die Erbeinſetzung als unbedingte wirkſam; nur eine ſinguläre Ausnahme ſei es, daß nach Juſtinian's Verordnung[157]) wegen Erfüllung der Bedingung, nicht wieder zu heurathen oder im Wittwenſtande zu verharren, auch den Inteſtaterben Caution geleiſtet werden ſolle. Dieſe Anſicht gründet ſich hauptſächlich auf einige Stellen der Pandekten; denn die unterſtützenden Nebengründe, welche außerdem noch aus der Natur der Sache hergeleitet werden, ſind nur von untergeordneter Bedeutung, ſie laufen zum Theil auf eine petitio principii hinaus und ſind zum Theil ſchon dadurch widerlegt, daß in einem Falle ausdrücklich die Inteſtaterben für berechtigt die Caution zu fordern anerkannt ſind[158]). Jene Stellen aber be-

155) L. 18. D. l. c. Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili deficiente conditione id legatum eave hereditas pertinere potest.

156) S. die Angaben in den genannten Beitr. S. 190, Note 13, 14, und bei Mühlenbruch, S. 195, Note 24, auch Vangerow a. a. O.

157) Nov. 22. cap. 44. §. 9.

158) Es gilt dieß namentlich von der Behauptung, die Inteſtaterben könnten die Caution nicht fordern, weil zur Zeit noch nicht gewiß ſei, welchen Perſonen deficiente conditione die Erbſchaft ab intestato deferirt werde. Vergl. Arndts a. a. O. S. 202—207. Was Vangerow gegen dieſe Ausführung bemerkt, iſt unbedeutend; denn auch von der Erbfolge des Subſtituten kann keine Rede ſein, ſo lange der Inſtitut noch antreten kann, ſo wenig wie von der Inteſtaterbfolge, ſo lange der Teſtamentserbe noch erwerben kann; daß aber dennoch das Recht des Subſtitutus ſogleich berückſichtigt werden müſſe, weil es auf demſelben Delationsgrunde beruht, nicht aber das Recht des Inteſtaterben, iſt eben nur eine petitio principii, gegen den allgemeinen Ausdruck der L. 18. cit.: ad quem hereditas pertinere potest. Kann doch auch ſowohl der Inteſtaterbe wie der Subſtitut ex edicto successorio bonorum possessio erlangen, wenn der Vorgehende deren Friſt verſäumt, obwohl dieſem dadurch das Civilerbrecht nicht verkümmert wird. Note 141—143. Der Schluß ferner: durch die Cautionsleiſtung gelte die Bedingung für erfüllt; wo alſo die Stellung dieſer Caution unmöglich ſei, weil Niemand ſich finde, dem ſie zu leiſten ſei (was fälſchlich vorausgeſetzt wird), da ſei die Erfüllung der Bedingung unmöglich, alſo dieſe pro non adiecta: dieſer Schluß iſt offenbar falſch in Anſehung derjenigen negativen Poteſtativbedingungen, deren Uebertretung wirklich noch vor dem Tode des Eingeſetzten unmöglich werden kann. Wollte man ihn feſthalten, ſo käme man conſequent zu der Abſurdität, zu behaupten: z. B. die Bedingung si Stichum servum suum non manumiserit, non alienaverit, ſei nicht erfüllt, wenn der Stichus unfrei und unveräußert geſtorben, ſondern es müſſe auch nun erſt noch Muciana cautio de non liberando vel alienando geleiſtet werden.

rechtigen deßhalb nicht zur Annahme eines der Natur der Sache und dem erklärten Willen des Teſtators ſo wenig entſprechenden Satzes, weil ſie ſich durch die Beachtung der beſonderen Beſchaffenheit der darin vorgelegten Fälle genügend erklären. In dem einen dieſer Fälle handelt es ſich von einer Unterlaſſungsbedingung, deren Uebertretung durch den heres ex asse gar nicht möglich iſt, und die daher mit Recht als von ſelbſt erfüllt angeſehen wird [159]); in dem anderen Falle iſt eine Bedingung gegeben, deren Uebertretung, nämlich durch Veräußerung eines zur Erbſchaft gehörenden Sclaven, erſt möglich wäre nach geſchehenem Erwerbe der Erbſchaft, während doch dieſer von der Entſchiedenheit darüber, daß dieſelbe nicht übertreten werde, erſt abhängig ſein ſoll, welche daher als eine in ſich verkehrte Bedingung unbeachtet gelaſſen werden kann, inſofern ihr nicht aus Rückſicht auf Miterben eine Bedeutung beizulegen iſt [160]).

Bisher war die Rede von einer wahrhaft bedingten Erbeinſetzung, deren Beſtehen kraft der hinzugefügten Nebenbeſtimmung zur Zeit der Teſtamentserrichtung ungewiß iſt. Es iſt aber keine wahrhaft bedingte Erbeinſetzung diejenige, welche von einem in jenem Zeitpunkte ſchon als

---

159) L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. L. 20. pr. D. h. t. Beitr. a. a. O. S. 191—194. Daß dieſe Stellen die gegneriſche Behauptung nicht beweiſen, wird derjenige, welcher ſonſt dem Subſtituten das Recht zur Caution beilegt, ungeachtet der Gegenbemerkungen bei Vangerow, S. 139, gewiß einräumen, wenn er nur bedenkt, daß die Entſcheidung in dieſem Falle ganz dieſelbe ſein würde, wenn auch dem ex asse eingeſetzten Erben ein Subſtitut ernannt wäre. Dieſer wird ſich eben ſo wenig, wie der Inteſtaterbe, wenn er auch ſonſt berechtigt iſt, zu der Comödie einer ganz ſinnloſen Cautionsleiſtung, zu der nach röm. Rechte bekanntlich Stipulation erforderlich, herbeilaſſen, und man könnte etwa deßhalb die Bedingung der Cautionsleiſtung eine unmögliche nennen. Die eigentliche Bedingung ſelbſt aber, si non petierit, iſt nach Eröffnung der Erbſchaft eine juriſtiſch nothwendige (in non faciendo impossibilis. L. 50. §. 1. D. de hered. instit.). Savigny, Syſtem, Bd. 3, S. 159.

160) L. 4. §. 1. D. de cond. institut. Die hier zum Grunde gelegte Erklärung dieſer Stelle (urſprünglich von Faber aufgeſtellt) iſt ausgeführt und gerechtfertigt in den angeführten Beiträgen S. 194—202; und ſtimmt dieſen jetzt vollkommen bei Mühlenbruch a. a. O. S. 195 flg., insbeſondere S. 201 flg. Dagegen vergl. Vangerow, S. 138, deſſen Widerlegung aber auch hier nicht befriedigt. Daß unter dem solus heres scriptus der ohne Miterben und ohne Subſtituten ernannte einzige Erbe zu verſtehen ſei, iſt nicht ſo „offenbar“; vielmehr bildet er offenbar nur den Gegenſatz gegen den mit einem Miterben eingeſetzten Erben. Es nimmt alſo dieſe Stelle auf Subſtituten ſo wenig Rückſicht, wie auf Inteſtaterben, und wer jenen dennoch den Anſpruch auf Cautionsleiſtung gibt, iſt durch dieſe Stelle nicht berechtigt, den Inteſtaterben ihn zu verſagen. Bedenkt man, daß die in L. 4. §. 1. cit. erwähnte Bedingung eine ſolche iſt, welche ſehr wohl ſchon bei Lebzeiten des Eingeſetzten buchſtäblich erfüllt werden könnte, nämlich durch den früheren Tod des Sclaven, ſo kann man ſich noch weniger entſchließen, der gegneriſchen Interpretation beizuſtimmen. Eine jede negative Poteſtativbedingung, der einzigen Erbeinſetzung hinzugefügt, müßte man darnach als fingirt unmögliche für unwirkſam erklären, wenn gleich deren wirkliche volle Erfüllung ſchon in kurzer Zeit ſich entſcheiden könnte, ja conſequent, ſelbſt wenn eine Zeit für die Unterlaſſung ausdrücklich feſtgeſetzt wäre, z. B. wenn Titia bis zu ihrem zwanzigſten Jahre ihre Mutter nicht verläßt, ſoll ſie Erbin ſein; oder wenn Titius bis zum dreißigſten Lebensjahre, oder in zehn, zwölf Jahren nicht in's Militär getreten iſt.

vergangen oder gegenwärtig gedachten Umſtande abhängig gemacht iſt (conditio in praeteritum oder in praesens collata). Allerdings wird hier die Exiſtenz jenes Umſtandes gefordert, damit die Erbeinſetzung beſtehe; aber dann iſt dieſelbe auch von Anfang an unbedingt; und im entgegengeſetzten Falle iſt in keinem Momente eine wirkliche Erbeinſetzung, auch nicht einmal eine bedingte, vorhanden, und daher das Teſtament, in welchem keine anderen Erbeinſetzungen enthalten ſind, in der That von Anfang an nichtig[161].

Eine bedingte Erbeinſetzung iſt auch diejenige nicht, der eine ſich von ſelbſt verſtehende Bedingung hinzugefügt iſt (conditio tacita), z. B. si ante eum mortuus ero, oder si volet, si hereditatem adibit, heres esto; in den beiden letzten Beiſpielen jedoch vorausgeſetzt, daß der Eingeſetzte nicht ein ſolcher ſei, der ſonſt ipso iure Erbe würde[162]. Eben ſo wenig macht die Bedingung, deren Erfüllung im Voraus gewiß iſt (ſogen. necessaria conditio), wohin auch diejenige gehört, gemäß welcher ein unmögliches Ereigniß nicht eintreten ſoll, die Erbeinſetzung zu einer bedingten[163]. Doch kann ein Ereigniß, welches jedenfalls einmal eintreten wird, bei letzten Willensordnungen wohl inſofern wahrhaft bedingend ſein, als der Teſtator deſſen Eintreten bei Lebzeiten des Honorirten im Auge hatte, dieſes aber ungewiß iſt[164].

Endlich auch die unmögliche Bedingung, die phyſiſch oder juriſtiſch unmögliche, d. i. diejenige, deren Erfüllung aus natürlichen oder juriſtiſchen Gründen ſchlechthin nicht eintreten kann[165], wohin denn auch die zur Zeit der Teſtamentserrichtung bereits vereitelte Bedingung gehört[166], macht die Erbeinſetzung nicht bedingt; ſie wird vielmehr bei dieſer, wie bei letzten Willensordnungen überhaupt, pro non adiecta gehalten, und demnach die Erbeinſetzung als unbedingte angeſehen[167]. Daſſelbe gilt von ſolchen Bedingungen, welche, wenn ſie giltig, dem Eingeſetzten geradezu einen Antrieb zu geſetzwidriger oder unſittlicher Handlung oder Unterlaſſung geben[168], oder nur denſelben lächerlich zu machen, dienen würden (derisoriae)[169]; desgleichen von verſchiedenen anderen Bedingungen, welche zwar nicht auf die Beförderung von etwas an ſich Verwerflichem oder Unerlaubtem abzwecken, von welchen aber gleichwohl einen Rechtserwerb und insbeſondere eine letztwillige Zuwendung abhängig zu machen aus ſittlichen oder politi-

161) L. 10. §. 1. D. h. t. L. 16. D. de iniusto test. (28. 3.)

162) L. 12. D. h. t. L. 69. D. de hered. instit.

163) L. 50. §. 1. D. de hered. instit.

164) Arg. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. Vgl. Note 137. Aus dieſem Geſichtspunkte mag ſich auch L. 13. D. quando dies. (36. 2.) erklären.

165) L. 137. §. 6. D. de V. O. Vergl. Arndts, Beiträge, S. 164—172. Savigny, Syſtem, Bd. 3, S. 157 flg.

166) L. 6. §. 1. D. de cond. et dem.

167) §. 10. J. h. t. L. 1. 6. D. h. t. L. 45. D. de hered. instit. L. 3. D. de cond. et dem.

168) L. 9. 14. 15. D. h. t. Paulli sent. III. 4B. §. 2.

169) L. 14. D. cit.

ſchen Gründen für unpaſſend und unzuläſſig angeſehen wird[170]), wohin namentlich die auf Hinderung der Verheurathung abzweckenden Bedingungen gehören[171]), und die Bedingung beſtändigen Aufenthaltes an einem beſtimmten Orte[172]). Etwas Beſonderes aber iſt durch das prätoriſche Edict feſtgeſetzt in Anſehung der einer letztwilligen Verordnung hinzugefügten Bedingung eidlicher Angelobung einer künftigen Handlung oder Leiſtung. Hier wird die Ablegung dieſes promiſſoriſchen Eides erlaſſen und die Verfügung kann als unbedingte auf prätoriſche Art geltend gemacht werden; ſo jedoch, daß die Erfüllung der Leiſtung als eines Modus verlangt werden kann, inſofern dieſelbe nicht ihrem Inhalte und Zwecke nach verwerflich erſcheint[173]).

Einige ihres Inhaltes wegen für verwerflich erklärte Bedingungen hingegen gibt es, welche nicht als unwirkſam außer Acht gelaſſen werden, ſondern vielmehr Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung bewirken, der ſie hinzugefügt ſind. Nach älterem Rechte nämlich waren alle diejenigen letztwilligen Zuwendungen ungiltig, durch welche nur einem Anderen zur Strafe für einen gewiſſen Fall etwas entzogen werden ſollte (poenae nomine relicta). Man ging dabei von der Anſicht aus, daß der letztwilligen Gabe ein freies Wohlwollen gegen den Honorirten zum Grunde liegen müſſe, und derjenige nicht in Wahrheit honorirt ſei, der gewiſſermaßen nur als Mittel, einen Anderen zu ſtrafen, gebraucht werde[174]). Aus dieſem Grunde wurde denn auch die Ernennung eines Miterben für nichtig gehalten, wenn ſie nur den Zweck hatte, einem anderen eingeſetzten Erben, für den Fall, daß er etwas dem Willen des Teſtators zuwider

---

170) Vgl. Arndts a. a. O. S. 179—181, vgl. mit S. 172—179. Sie werden mit den vorgenannten als unſittliche Bedingungen paſſend zuſammengeſtellt von Savigny a. a. O. S. 122, 123.

171) Die Bedingung: si non nupserit oder uxorem duxerit. L. 22. 28. pr. 63. 64. 72. §. 4. D. de cond. et dem., ausgenommen im Falle der Nov. 22. cap. 44. (Note 157), cf. Cod. de indicta viduitate. (6. 40.)

172) L. 71. §. 2. D. de cond. et dem. — Vgl. überhaupt noch den Art. Bedingung in Bd. 1, S. 766—769. Die gewöhnliche Behauptung übrigens, daß die Bedingung, „wenn der Honorirte ſeine Confeſſion ändern oder nicht ändern werde," als unſittliche verwerflich ſei, iſt in ihrer Allgemeinheit gewiß ungegründet. Sollte es ungiltig ſein, dem Sohne, dem der reiche Vater Entziehung aller Unterſtützung und Beſchränkung auf den Pflichttheil droht, wenn er der gewonnenen Ueberzeugung folgend zu einer anderen Kirche ſich bekenne, für dieſen Fall des Uebertrittes etwas zu vermachen? Uns ſcheint dieſe Frage überhaupt noch keineswegs befriedigend behandelt worden von Sell, Verſuche, Bd. 2, S. 142¹, noch von Mühlenbruch a. a. O. S. 104—106. Vgl. Vangerow, Leitf. Bd. 1, S. 110.

173) L. 8. D. h. t. cf. L. 20. 26. pr. D. de cond. et dem. L. 29. §. 2. D. de testam. milit. (29. 1.) L. 63. §. 9. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Sehr ungenau iſt, was darüber Bd. 1, S. 767, bemerkt worden. Vergl. vorzüglich Savigny a. a. O. S. 185—190, und Huſchke, in der Zeitſchr. für Civilrecht u. Proz. Bd. 14, H. 12, S. 334—416.

174) Ulp. XXIV. 17. Cai. II. 235. 236. 288. Cf. tit. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur. (34. 6.)

thue oder unterlaſſe, einen Theil der Erbſchaft zu entziehen[175]). Durch eine Juſtinianiſche Verordnung iſt nun zwar dieſe Beſchränkung im Allgemeinen aufgehoben[176]). Indeſſen iſt doch dieſes davon übrig geblieben, daß die Erbeinſetzung wie das Vermächtniß ungiltig iſt, wenn einem Anderen dadurch eine Beſchränkung angedroht wird für den Fall, daß er etwas Unmögliches oder Geſetzwidriges und Unſittliches nicht thun werde[177]). Außerdem machen auch captatoriſche Bedingungen die Erbeinſetzung ungiltig, d. i. ſolche, welche die gegenwärtige Dispoſition davon abhängig machen ſollen, daß künftig auch zu Gunſten des Teſtators oder eines Dritten durch den Eingeſetzten oder auch einen beſtimmten Anderen eine letztwillige Verfügung getroffen werde[178]). Solche captatoriſche Dispoſitionen ſind durch einen Senatsbeſchluß allgemein für nichtig erklärt worden, wegen Gefahr des Mißbrauches derſelben zu trügeriſcher Erbſchleicherei, ohne Rückſicht darauf, ob im einzelnen Falle eine ſolche ſchändliche Abſicht dabei zum Grunde liege[179]). Daß aber auch die einer captatoriſchen Dispoſition entſprechende Erbeinſetzung oder ſonſtige Verfügung ungiltig ſei, iſt zwar wohl von einzelnen Schriftſtellern behauptet worden, wird jedoch mit Recht von den meiſten als ungegründet verworfen[180]).

---

175) Cai. II. 243: Non immerito quibusdam placeat poenae nomine heredem institui non posse. §. 36. J. de legat. (2. 20.) Nec heredem poenae nomine adiici posse Sabinus existimabat.

176) L. un. Cod. de his quae poenae nom. (6. 41.) §. 36. J. l. c.

177) L. un. cit. in f.: Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur. §. 36. cit. in f. Darnach iſt interpolirt L. 1. D. h. t.: Illicite vel probrose ... talem poenam. Im Falle einer in der Bedingung liegenden geſetzwidrigen oder unſittlichen Auflage ließe ſich die Ungültigkeit der Verfügung, nicht blos der Bedingung, ſchon aus allgemeinen Gründen wohl behaupten, wegen ihrer unſittlichen Tendenz. Im Falle einer unmöglichen Auflage (si heres impossibile quid non fecerit) müßte man der Regel nach die Bedingung als nothwendige für ſofort erfüllt und die Verfügung ſelbſt als unbedingte betrachten, wenn nicht L. un. cit. ein Anderes mit ſich brächte. Arndts a. a. O. S. 172, Note 13, S. 177. Savigny a. a. O. S. 202.

178) L. 70. D. de hered. instit.: Captatorias institutiones, quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis. Cf. L. 71. §. 1. D. ibid. L. 1. in f. D. de his, quae pro non scriptis. (34. 8.) Anders wenn in praeteritum, non in futurum institutio collata est. L. 71. pr. L. 81. §. 1. D. de hered. instit. L. 20. §. 2. D. de cond. institut.

179) L. 70. L. 1. in f. cit., auch in Soldatenteſtamenten. L. 11. Cod. de test. milit.

180) Die gemeine Meinung iſt insbeſondere gegen Bynkershoek, de captat. institut. §. X. (opp. tom. I. p. 370) vertheidigt von Thibaut, Verſuche, Bd. 1, H. 4. Jenem pflichtet aber bei Mühlenbruch, Lehrb. §. 649, Note 9, der ſich jedoch in den Erläuter. Bd. 40, S. 227, vielmehr zu der Meinung neigt, daß dem Captans die Erbſchaft als indignus zu entziehen ſei. Dieß iſt aber nirgendwo geſagt, und bloße Analogien genügen nicht; ganz unzuläſſig aber iſt es, aus L. 1. pr. D. si quis aliquem testari prohib. (29. 6.) den Satz abzuleiten, daß überhaupt das captare hereditatem mit jener Folge bedroht ſei, indem man aus dem Vorderſatze nur die Worte dum captat hereditatem nimmt, ohne die nähere Beſtimmung legitimam vel ex testamento, sc. antea facto, etc. Das Richtige deutet an Vangerow, Bd. 2, S. 123.

Gewiſſe Erbeinſetzungen endlich können geſetzlich überhaupt nicht an Bedingungen, außer rein poteſtativen, geknüpft werden, und da bewirkt denn wieder, einem allgemeinen Grundſatze gemäß [181]), die Hinzufügung derſelben völlige Nichtigkeit der Einſetzung [182]). Und allgemein unzuläſſig, außer in Soldatenteſtamenten [183]), iſt die Hinzufügung einer Reſolutivbedingung bei der Erbeinſetzung. Die Erbeinſetzung ſelbſt iſt hier unbedingt, wie es in der Natur einer Reſolutivbedingung liegt; die Nebenbeſtimmung aber, wornach die einmal wirkſam gewordene Erbeinſetzung, alſo das dadurch begründete Erbverhältniß nur bis zum Eintritte eines beſtimmten Ereigniſſes beſtehen und dann aufgelöſt werden ſoll, iſt als widerſtreitend dem Grundſatze: semel heres semper heres, eben ſo nichtig, wie die Beſchränkung der Dauer bis zu einem beſtimmten Tage [184]). Von Manchen iſt zwar behauptet worden, eine den Worten nach als Reſolutivbedingung erſcheinende Nebenbeſtimmung der Erbeinſetzung müſſe ſtets als entgegengeſetzte Suſpenſivbedingung aufgefaßt werden [185]). Allein obwohl man zugeben muß, daß im einzelnen Falle wohl die Abſicht, Jemanden bedingt einzuſetzen, klar erkennbar ſein könne, wo ſcheinbar eine Reſolutivbedingung vorliegt, und daß dann dieſe Abſicht auch befolgt werden müſſe, ſo kann doch nicht die Verwandlung einer wirklich beabſichtigten Reſolutivbedingung in die entgegengeſetzte Suſpenſivbedingung geſtattet ſein. Die Gründe, welche man für jene Behauptung anführt, beruhen auf gänzlich unpaſſender Benutzung verſchiedener Pandektenſtellen, welche von bedingter Zurücknahme unbedingt gegebener Vermächtniſſe, keineswegs von Ertheilung von Vermächtniſſen unter Hinzufügung einer Reſolutivbedingung reden [186]).

b) Zeitbeſtimmungen. Dieſe ſind in der Regel bei Erbeinſetzungen unwirkſam, ſowohl der ſogenannte dies ex quo wie der dies ad quem; er wird pro non adiecto gehalten [187]), inſofern er nicht eine Bedingung in ſich ſchließt (dies incertus) [188]). Von dieſer Regel gilt aber eine Ausnahme bei Soldatenteſtamenten [189]). Es kann endlich

---

181) L. 77. D. de reg. iur.

182) So bei der Einſetzung des suus heres, vgl. den Art. Enterbung und Notherben; aber nur civilrechtlich, nicht nach prätoriſchem Rechte. L. 2. §. 1. D. de b. p. sec. tab. L. 3. §. 13. D. de b. p. contra tab.

183) L. 15. §. 4. D. de testam. milit.: Ad tempus ... vel in conditionem.

184) Arg. L. 15. §. 4. cit. L. 88. D. de hered. instit.

185) Wening-Ingenheim, im Archiv für civ. Prax. Bd. 1, H. 9. Zimmern, daſ. Bd. 7, H. 7. Mayer, Erbr. Bd. 1, §. 20, Note 5.

186) L. 10. 14. D. de adim. legat. (34. 4.) L. 107. D. de cond. et dem. L. 6. D. quando dies. Allerdings, wenn der Teſtator den Titius zum Erben eingeſetzt hat und dann ſpäter ſagt: Titius, si... aliquid factum non fuerit, exheres esto, ſo iſt er auch quasi sub contraria conditione inſtituirt, ademta sub conditione hereditate. Vgl. Thibaut, im Arch. Bd. 5, H. 13, und Bd. 7, H. 19. Vangerow, Bd. 2, S. 112—114. Mühlenbruch, Bd. 40, S. 190—193.

187) §. 9. J. de hered. instit. L. 34. D. eodem.

188) L. 75. D. de cond. et dem. cf. L. 23. pr. D. de hered. instit.

189) L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de testam. milit. (29. 1.)

c) auch ein Modus der Erbeinſetzung hinzugefügt werden. Bezweckt eine Auflage, die dem Erben gemacht wird, geradezu den Vortheil eines beſtimmten Dritten, ſo iſt darin für dieſen ein Vermächtniß enthalten und die Verfügung nach den Regeln der Vermächtniſſe wirkſam [190]). Aber auch andere Auflagen ſind möglich dergeſtalt, daß deren Erfüllung erwirkt werden kann, ohne daß dadurch der Erwerb der Erbſchaft eigentlich bedingt wird. Vorerſt kann der Teſtator einen indirecten Zwang zur Erfüllung ausüben, indem er für den Fall des Ungehorſams eine Mulcta androht [191]), oder auch, was nach Juſtinianiſchem Rechte möglich iſt, zur Strafe dem Ungehorſamen etwas auferlegt zu Gunſten eines Dritten [192]). Außerdem können die Miterben durch das iudicium familiae erciscundae die Erfüllung der Auflage betreiben [193]); und in Ermangelung anderer Zwangsmittel kann endlich der Erbe auch durch obrigkeitliches Einſchreiten extra ordinem zur Erfüllung angehalten werden [194]), namentlich dadurch, daß ihm die wirkſame Geltendmachung ſeines Erbrechtes entzogen wird [195]); überall vorausgeſetzt, daß die Auflage nichts Unmögliches, Unerlaubtes oder Unanſtändiges vom Erben verlange [196]).

So viel von der Erbeinſetzung im Allgemeinen. Ueber einige beſondere Arten der Erbeinſetzung vgl. den Art. Subſtitution (Vulgarſubſtitution, Pupillarſubſtitution, Quaſipupillarſubſtitution). Arndts.

Erbloſes Gut [1]) heißt in der Kunſtſprache der heutigen Rechtsgelehrten eine Erbſchaft, zu welcher ſich weder ein civilrechtlicher noch prätoriſcher Teſtaments- oder Inteſtaterbe gefunden hat, und von der es ge-

---

190) L. 2. Cod. de his quae sub modo. (6. 15.)

191) L. 6. pr. L. 27. D. de cond. et dem.

192) Vgl. Note 173—177.

193) L. 18. §. 2. L. 44. in f. D. fam. ercisc. (10. 2.) L. 7. D. de annuis legatis. (33. 1.)

194) L. 50. §. 1. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 7. D. cit.

195) L. 8. §. 6. D. de cond. et dem.

196) L. 7. D. cit. in f. — Vgl. übrigens Savigny, Syſtem, Bd. 3, S. 227, 233, 236. Mühlenbruch a. a. O. S. 268—272.

1) Literatur. Unter den neueren hierher gehörigen Schriften verdienen namentlich folgende Erwähnung: Glück, hermeneutiſch-ſyſtematiſche Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge (2. Ausgabe), §. 206—210, S. 766—777. Blume, über das Recht des Fiscus an erbloſen und confiscirten Gütern, im rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 212—224. Buchholtz, haftet der Fiscus über den Vermögensbetrag Jemandes, der ohne ſonſtige Erben ſtarb? in deſſen juriſtiſchen Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römiſchen Rechtes (Königsberg 1833), Nr. 4, S. 106—111. Elvers, praktiſche Arbeiten (Roſtock 1836), S. 42 flg. Schmidt, de successione fisci in bona vacantia ex iure Romano. Jenae 1836, 8. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 10, Nr. 3, S. 89—140. Einige gute Bemerkungen über dieſe Lehre enthält auch die anonyme Recenſion der zwei zuletzt genannten Schriften in Richter's kritiſchen Jahrbüchern für teutſche Rechtswiſſenſchaft, Jahrgang 1837, S. 309 — 321.

wiß iſt, daß ſich auch kein ſolcher dazu finden werde [2]). In den römiſchen Rechtsquellen wird es bald mit dem Ausdrucke vacantia bona [3]) bezeichnet, bald caduca bona [4]) bezeichnet; auch finden ſich beide Ausdrücke zur Bezeichnung der Sache verbunden [5]). Die Erforderniſſe des Begriffes [6]) im Einzelnen ſind folgende. 1) Es muß eine hereditas im Sinne des römiſchen Rechtes da ſein. Daher leidet der Begriff weder auf den Nachlaß der Peregrinen, noch auf die Güter der Juniſchen Latinen und der Dediticii Anwendung. 2) Der Erblaſſer muß im Sinne des römiſchen Rechtes als intestatus verſtorben ſein, unter welche Kategorie natürlich auch der Fall des deſtituirten Teſtamentes zu rechnen iſt. 3) Es dürfen zu dem Nachlaſſe auch keine geſetzlichen Erben (ohne Unterſchied, ob es civile oder prätoriſche Erben ſind) vorhanden ſein [7]), 4) auch nicht der Succeſſionsfall gewiſſer Corporationen vorliegen, welchen die römiſchen Kaiſer ein Recht an den Gütern des Verſtorbenen vor dem Fiscus eingeräumt haben [8]). 5) Das vorliegende Erbgut muß mehr Activa als Paſſiva enthalten [9]). In der älteren Zeit hatte man dieß Erforderniß weniger hervorgehoben, da das Juliſche Geſetz erbloſes Gut dem Volke indiſtincte zuſprach; allein ein von Calliſtratus [10]) erwähntes edictum perpetuum, welches verordnet hat, daß über inſolvente Vermögen der Concurs mit Ausſchluß der Staatscaſſe eröffnet werden ſollte, hat zur Aufſtellung dieſes Erforderniſſes Veranlaſſung gegeben [11]). — Die Geſchichte ſolcher Güter betreffend, ſo galten dieſelben in älteren Zeiten für herrenlos, konnten von jedem Einzelnen eigenmächtig occupirt und durch Uſucapion erworben werden [12]). Nach einer Verordnung der lex Julia,

---

2) L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.) L. 2. D. ibid. L. 96. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 4. C. de bonis vacantibus. (10. 10.) Theoph. par. inst. II. 6. §. 10, ferner III. 11. §. 4, vergl. mit L. 50. pr. D. de manumissis testamento. (40. 4.) L. 1. §. 20. D. de fideicomm. libertatibus. (40. 5.)

3) S. die in Note 2 angeführten Stellen. Vor der lex Julia findet ſich dieſer Ausdruck nicht.

4) L. 30. C. Th. de petitionibus (10. 10.), vergl. mit L. 4. C. Just. 10. 10.

5) Vgl. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 92, Note 1.

6) Am gründlichſten iſt hier Schmidt l. c. p. 21—29.

7) Ulp. fr. 28. §. 7. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 1. C. Just. 10. 10. L. 4. C. ibid. Vgl. L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.)

8) Tit. C. Just. de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium. (6. 61.) L. 6. §. 7. D. de iniusto, rupto. (28. 3.)

9) L. 11. D. de iure fisci (49. 14.) L. 1. §. 1. D. ibid.

10) L. 1. §. 1. D. 49. 14.

11) L. 1. §. 20. D. 40. 5. L. 4. §. 17 u. 20. D. ibid. L. 6. §. 3. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

12) Caius, inst. II. §. 52—57, vergl. mit Cic., de legibus II. 19. S. Savigny, über die sacra privata der Römer, in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft, Bd. 2, S. 273, und Heimbach, comm. de sacrorum privatorum mortui continuandorum apud Romanos necessitate. Lips. 1827.

welche deßhalb wohl auch den Beinamen caducaria erhalten hat, fielen dieſelben der Volkscaſſe, dem populus zu [13]), und zwar ſtellte bereits Labeo die Anſicht auf, daß dieſer Erwerb ohne Weiteres (ipso iure) geſchehe [14]). Seitdem indeß der Grundſatz durch ein prätoriſches Edict aufkam, daß über inſolvente Vermögen Concurs eröffnet werden ſollte [15]), ſtellte ſich durch die Doctrin der ſchon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten anerkannte Grundſatz heraus, die Volkscaſſe dürfe die ihr angefallenen Güter nur dann vindiciren, wenn ſie ſolvent ſeien, ſonſt müſſe Concurs über ſie eröffnet werden [16]), und man kam durch die Vergleichung der bonorum possessio und der dabei gewöhnlichen Ausdrücke dahin, daß man der Volkscaſſe das Wahlrecht zwiſchen der Annahme und Ausſchlagung der ihr zugefallenen Güter zugeſtand [17]), und in dieſer Beziehung von einem agnoscere, admittere, oder spernere bona vacantia ſprach, wobei die Unwiderruflichkeit des einmal von der Aerarbehörde gefaßten Beſchluſſes ſtillſchweigend vorausgeſetzt wird [18]). An die Stelle der Volkscaſſe trat ſpäterhin, wahrſcheinlich ſeit den Zeiten von Caracalla [19]), deſſen Conſtitution alle Caduca dem Fiscus überwies, die kaiſerliche Caſſe, was um ſo leichter geſchehen konnte, da in dieſen Zeiten der ohnehin nur formelle Unterſchied beider Caſſen ſich allmälig verlor. Und in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern wird ganz allgemein vorausgeſetzt, daß nur der Fiscus ein Vindicationsrecht an den Vacantia habe [20]), und darnach ſind die Pandektenſtellen, welche urſprünglich von der Berechtigung des Aerars ſprechen, von den Pandektencompilatoren interpolirt worden [21]). — Fragt man nach der Art und Weiſe, in welcher die Gerechtſame dieſer Caſſe geltend gemacht wird, ſo tritt uns auch hier, wie bei den Ereptorien und Caduken das vindicari fisco entgegen [22]), und daß dieſe Vindication in der Form der Nuntiation eingeleitet wurde, bezeugen zahlreiche Zeugniſſe aus der claſſiſchen Zeit [23]), wobei denn natürlich wie gewöhnlich im Nun-

13) Caius, comm. II. §. 150. Ulp. fr. 28. 7. L. 96. §. 1. D. 30. (interpolirt).

14) L. 1. §. 1. D. 49. 14.

15) L. 1. §. 1. D. 49. 14. Caius, inst. III. §. 78. §. 4. J. de bonorum possessionibus. (3. 9.) L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.) L. 50. pr. D. de manumissis testamento. (40. 4.) L. 8. §. 1. D. qui test. facere possunt. (28. 1.) L. 70. pr. D. de adquir. vel omitt. hered. (29. 2.)

16) L. 1. pr. D. 38. 9.

17) L. 6. §. 3. D. 36. 1. L. 4. §. 17, 19 u. 20. D. 40. 5. §. 1. J. de eo, cui libertatis causa. (3. 10.) Nov. 1. cap. 1. §. 1.

18) L. 4. §. 20. D. 40. 5.

19) Ulp. fr. 17. 3.

20) L. 1. C. 10. 10. (Diocletian.) L. 4. C. ibid. (Honorius und Theodoſius.) L. 5. C. ibid. (Theodoſius u. Valentinian.) Nov. Just. 1. cap. 1.

21) Am deutlichſten iſt die Interpolation in L. 96. §. 1. D. 30. (Julian.) L. 13. pr. D. 49. 14. (Ulpian.) Vgl. Heineccius, comm. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam lib. III. cap. 5. §. 2. p. 401 sq.

22) Z. B. L. 20. §. 7. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 6. §. 3. D. 36. 1. L. 1. C. Just. 10. 10.

23) L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 18. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.)

tiationsprozeſſe der Nuntiant als Vertreter des Fiscus auftrat, und die Wahrheit ſeiner Behauptung dem Beſitzer gegenüber zu erweiſen hatte. Die Beſitznahme ſolcher Güter von Seiten des Fiscus wird in den römiſchen Rechtsquellen als ein occupari bezeichnet[24]), was man doch wohl nur mit Unrecht auf die unter den Erwerbungsarten des Eigenthums vorkommende Occupation bezogen hat[25]), da der Kunſtausdruck auch bei den übrigen dem Fiscus verfallenen Gütern gebraucht wird, wo von einer bloßen Beſitznahme derſelben die Rede ſein kann[26]). Ueber das Verfahren bei der Einverleibung ſolcher Güter in den Fiscus (incorporatio)[27]) finden ſich in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen folgende Vorſchriften vor. Die Fiscalbehörde ſoll den dem Fiscus verfallenen Sachen tituli anlegen, auch über den Beſtand der Sachen ein genaues Inventar errichten. So die Kaiſer Valentinian, Valens und Gratian[28]). Eine ſpätere Conſtitution von Theodoſius und Valentinian[29]) regulirt insbeſondere die der Incorporation vorausgehenden Cautelen. Nach der Nuntiation ſollen nämlich ausgewählte und vereidete Palatinen von der Fiscalbehörde ausgeſchickt werden, auf deren Anſuchen der Präſes Provinciä mit dem Fiscaladvocaten unterſuchen ſoll, weſſen Gut erblos geworden, wie groß und von welcher Beſchaffenheit daſſelbe ſei; zugleich ſollen von demſelben Veranſtaltungen getroffen werden, daß Jeder, welcher ein Eigenthumsrecht oder einen rechtlichen Beſitz an demſelben geltend machen wolle, dieß binnen einer gewiſſen Zeitfriſt thun könne, und erſt dann, wenn es theils aus ſeiner eigenen Relation, theils aus den beigefügten Protokollen gewiß iſt, daß das Erbgut dem Fiscus verfallen, dann ſolle die Incorporation, aber erſt auf ſpeciellen Befehl des Kaiſers, in der gewöhnlichen Form vor ſich gehen. Eine Verordnung, welche manche neuere Rechtsgelehrten nur auf unhiſtoriſchem Wege ſo ausgelegt haben, als dürfe der Fiscus nach ihr den Nachlaß nur cum inventario antreten, und hafte daher für die Schulden nur bis zu dem Belaufe der inventirten Maſſe[30]).— Fragt man ferner, in welcher Weiſe der Fiscus das erbloſe Gut übernehme, ſo tritt uns hier eine Controverſe entgegen, welche namentlich in der neueren Zeit mit großem Erfolge bearbeitet worden iſt[31]). Die ältere, bereits den Gloſſatoren geläufige Anſicht betrachtet den Fiscus als Univerſalſuc=

24) L. 2. u. 5. C. Th. de bonis vacantibus. (10. 8.) L. 11. C. Th. de petitionibus. (10. 10.) L. 1. C. Just. de donationibus inter virum et uxorem. (5. 16.) L. 5. C. Just. de bon. vacant. (10. 10.)

25) So Blume, im rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 215, 216.

26) L. 48. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 1. C. Th. de iure fisci. (10. 1.) Vgl. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 136.

27) L. 3. C. Just. 10. 10.

28) L. 3. C. J. 10. 10.

29) L. 5. C. J. 10. 10. Vgl. dazu Schmidt l. c. p. 34—39. Ueber frühere Verordnungen (L. 11. C. Th. 10. 10.) vergl. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 115—119.

30) Vgl. dagegen Schröter a. a. O. Th. 10, S. 118.

31) Die Geſchichte dieſer Controverſe entwickelt Schmidt l. c. p. 46. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 96—98.

ceſſor in die erbloſen Güter[32]). Die Gloſſe bezeichnet ihn zwar nur geradezu als Erbe (heres), aber ſpätere Rechtsgelehrte erinnerten, daß er nicht geradezu als ſolcher betrachtet werden könne, ſondern nur heredis loco ſei[33]). Dagegen vertheidigte Blume[34]) die Anſicht, daß der Fiscus in die erbloſen Güter iure occupationis, mithin als Singularſucceſſor eintrete, wozu ihn theils der Umſtand, daß vom Fiscus in unſern Rechtsquellen nie geſagt werde, er ſei heres oder aber heredis loco, theils der Sprachgebrauch der ſpäteren Kaiſer, welche dem Fiscus ein occupare bona in dieſem Falle zuſchreiben, veranlaßt hat. Allein die ältere Anſicht von der Univerſalſucceſſion des Fiscus in erbloſes Gut nahmen wieder Schröter[35]) und Schmidt[36]) auf, und ſeit dieſer Zeit kann es wohl als allgemein anerkannt gelten, daß von einer Singularſucceſſion des Fiscus nicht mehr die Rede iſt. Die Beweiſe für dieſe Anſicht liegen in folgenden Umſtänden zu Tage: daß dem Fiscus zur Geltendmachung ſeines Rechtes auf die bona vacantia die hereditatis petitio eingeräumt wird[37]); daß ferner der Fiscus nicht allein in die Obligationen des Erblaſſers[38]), ſondern auch in deſſen Schulden eintritt[39]), und daß er die ihm ſo angefallene Erbſchaft an Dritte verkauft mit der Wirkung, daß der Käufer prätoriſcher Univerſalſucceſſor wird, wie der Fideicommiſſar in Folge der nach der Vorſchrift des SC. Trebellianum gemachten Reſtitution[40]). Von welcher Art dieſe Univerſalſucceſſion ſei, iſt freilich in unſeren Rechtsquellen eines Weiteren nicht angegeben. Zwar iſt ſo viel gewiß, daß Cajus[41]) ihn zu den alii iusti successores außer dem heres und bonorum possessor rechnet; daß aber dieſer Ausdruck nicht auf eine dem Civilrechte entnommene Succeſſion gedeutet werden darf, ergibt ſich theils daraus, daß die dem Fiscus im vorliegenden Falle geſtattete hereditatis petitio nur eine utilis actio ſein kann, da die directe Klage dem heres gebührt, theils daraus, daß die Univerſalſucceſſion deſſen, welcher den Nachlaß vom Fiscus kauft, der Succeſſion aus dem SC. Trebellianum, welche doch unbeſtreitbar zu den prätori-

32) Ad const. 1. Cod. de her. decur. (6. 62.) u. ad const. 10. Cod. de inoff. test. (3. 28.)

33) So Maier, Abhandlung von der Succeſſion des Fiscus (Ulm 1786), §. 17. Glück, Inteſtaterbfolge (2. Aufl.), §. 206.

34) Rhein. Muſeum für Jurisprudenz, Jahrg. 4, Heft 2, S. 212—221.

35) A. a. O. Th. 10, S. 89—140.

36) L. c. p. 93—98.

37) L. 20. §. 7. D. de hered. petit. (5. 3.)

38) L. 1. C. de donat. int. vir. et uxor. (5. 16.) Auch ſetzt die Lehre von dem Verkaufe erbloſer Güter von Seiten des Fiscus an Dritte dieß voraus. L. 13. §. 9. D. 5. 3. L. 54. pr. D. ibid. Vgl. L. 37. D. de adquir. vel omitt. hereditate. (29. 2.)

39) L. 4. §. 19. D. de fideicomm. hereditat. (40. 5.)

40) L. 13. §. 9. D. 5. 3. L. 54. pr. D. ibid. L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vel actione vendita. (4. 39.)

41) Caius, inst. III. §. 78. Vergl. Schröter a. a. O. Th. 10 S. 103.

ſchen Succeſſionen gehört, in einer Pandektenſtelle gleichgeſtellt wird [42]). Auch kann gegen die Anſicht, daß der Fiscus prätoriſcher Univerſalſucceſſor ſei, nicht das Bedenken geltend gemacht werden, daß dieſe Succeſſion auf einer civilen Rechtsquelle, der lex Julia, beruhe, da es namentlich für die ſpäteren Zeiten nicht an Beiſpielen civiler Quellen fehlt, welche prätoriſche Univerſalſucceſſionen eingeführt haben, wie die bonorum possessio quibus ex legibus und die Univerſalſucceſſion des Fideicommiſſars ex SC. Trebelliano. — In Betreff der Auflagen, welche durch den Willen des Erblaſſers auf die Güter gelegt ſind, gilt es als allgemeine Regel, daß dieſelben von dem Fiscus anerkannt und entrichtet werden müſſen. Für den Fall, daß der ohne Teſtament verſtorbene Erblaſſer wußte, daß ſeine Güter an den Fiscus kommen würden, iſt ihm die Befugniß, ihnen Fideicommiſſe aufzuerlegen, ganz unumſchränkt eingeräumt worden [43]). Auch in anderen Fällen hat der Fiscus nach der Regel caduca cum suo onere fiunt [44]) die Legate und Fideicommiſſe zu agnoſciren, welche auf den ihm zukommenden Erbtheil gelegt worden ſind [45]); namentlich iſt er auch verpflichtet, die in einem deſtituirten Teſtamente ertheilte Freiheit gelten zu laſſen, ohne daß es zur Aufrechterhaltung derſelben der Codicillarclauſel bedurfte [46]), und die auf die Erbſchaft gelegten Univerſalfideicommiſſe zu präſtiren, in welchem Falle ſogar ein Zwang zur Erwerbung des erbloſen Gutes nach den Vorſchriften des SC. Pegasianum gegen ihn eintreten kann [47]). Und daß auch an dieſen Regeln im neueſten Rechte nichts geändert worden, ergibt ſich ſchon daraus, daß Juſtinian [48]) an mehreren Orten die Grundſätze des älteren Rechtes auch für ſeine Zeiten beſtätigt. Einen Hauptgrund gegen die hier in Schutz genommene Meinung bilden zwar die Stellen, nach welchen der ganze Inhalt der deſtituirten Teſtamente ungiltig werden ſoll [49]); nach welchen die Inteſtaterben die in ungiltigen Teſtamenten errichteten Vermächtniſſe, außer wenn ſie beſonders darum gebeten worden, nicht zu entrichten brauchen [50]), oder die in denſelben ertheilten Freiheiten nur vermöge der Codicillarclauſel gelten ſollen [51]). Allein dieß ſind in der That nur allgemeine Grundſätze, welche durch die beſondere Stellung des Fis-

---

42) L. 54. pr. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) Vergl. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 136—137.

43) L. 114. §. 2. D. de leg. I. (30.)

44) Ulp. fr. 17. 3.

45) L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.) L. 14. D. 49. 14. L. 2. pr. u. §. 1. D. de alimentis et cibariis legatis. (34. 1.) L. 96. §. 1. D. 30.

46) L. 4. §. 17 u. 20. D. de fideicomm. libertat. (40. 5.) §. 1. J. de eo, cui libertatis causa. (3. 11.)

47) L. 6. §. 3. D. ad. SC. Trebell. (36. 1.) L. 2. §. 4. D. ibid.

48) L. un. §. 14. C. de caducis tollendis. (6. 50.) Nov. Just. 1. c. 1. §. 1 u. 3.

49) L. 9. D. de testam. tut. (26. 2.) L. 181. D. de R. I. (50. 17.) L. 14. C. de fideicommissis. (6. 42.)

50) L. 29. C. 6. 42.

51) L. 11. C. de testam. manumissione. (7. 2.)

cus zu den Vacantia ausgeſchloſſen werden. — Daß der Fiscus für die Erbſchaftsſchulden hafte, iſt bereits dageweſen. Nur ſo viel iſt ſtreitig, ob er auch über die Kräfte der Erbſchaft hinaus hafte oder nicht [52]). Nach der Meinung der Gloſſe [53]) können inſolvente Erbmaſſen dem Fiscus weder deferirt noch erworben werden; ähnlich iſt die Meinung Blume's [54]), welcher annimmt, daß der Fiscus durch Occupation aus den Erbgütern nur das erwerben könne, was nach Abzug der Erbſchaftsſchulden übrig bleibt, während Buchholz [55]) gerade die entgegengeſetzte Meinung vertheidigt, daß der Fiscus auch über den Betrag der Erbſchaft hinaus hafte, gleich jedem anderen Inteſtaterben. Doch iſt anerkannt, daß die zuerſt genannten zwei Meinungen nur auf falſch verſtandenen Pandektenſtellen beruhen [56]); allein auch die für die letztere angezogene L. 5. C. de bonis vacantibus (10. 10.) dürfte wenig beweiſend ſein, da in derſelben unter dem dem Fiscus zugefügten Schaden eben ſo gut die Incorporationskoſten, als die Erbſchaftsſchulden verſtanden werden können. Indeſſen dürfte für ein unbeſchränktes Haften des Fiscus für die Erbſchaftsſchulden nicht allein die Natur der Univerſalſucceſſion beweiſen, ſondern auch der Umſtand, daß, wer erbloſes Gut vom Fiscus kauft, gleichfalls unbeſchränkt den Erbſchaftsgläubigern haftet [57]). Jedenfalls beruht es aber auf einem reinen Anachronismus, wenn Manche dieſe Meinung deßhalb anfechten, weil nach L. 3. C. 10. 10. bei der Uebernahme der Vacantia ein Inventar angefertigt werden ſolle, da ja die Rechtswohlthat des Inventars weit ſpäteren Urſprunges iſt (ſ. den Art. beneficium inventarii). Durch den Verkauf der Erbſchaft kann ſich der Fiscus von den Anſprüchen der Erbſchaftsgläubiger befreien, welche alsdann auf den Käufer übergehen [58]). — Das Recht des Fiscus an erbloſen Gütern wird durch den Ablauf eines Zeitraumes von vier Jahren aufgehoben. Dieſe Verjährung beruht wahrſcheinlich auf einer Verordnung des Antoninus Pius [59]), und wird auch von den ſpäteren Kaiſern [60]) als ein allgemein giltiges Rechtsinſtitut anerkannt. Ihrer Natur nach iſt ſie eine reine Klagenverjährung, durch welche nicht allein die Nuntiation erbloſer Güter an den Fiscus [61]), ſondern auch die Berechtigung des Fiscus

52) Die Literatur dieſer Controverſe behandelt Schmidt l. c. p. 67—77.

53) Glossa Acc. ad L. 1. §. 1. D. 49. 14.

54) Im rhein. Muſeum für Jurisprudenz, Bd. 4, S. 216.

55) In deſſen juriſtiſchen Abhandlungen, Nr. 4, S. 106—111.

56) L. 1. §. 1. D. 49. 14. L. 11. D. ibid. Vergl. über den wahren Sinn derſelben v. Schröter a. a. O. Th. 10, S. 108—112.

57) L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vendita. (4. 39.)

58) L. 41. D. 49. 14. L. 1. C. de hereditate vel actione vend. (4. 39.)

59) L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 10. §. 1. D. de diversis temporal. praescript. (44. 3.)

60) Z. B. von Conſtantin L. 1. C. de quadriennii praescriptione. (10. 37.)

61) L. 10. §. 1. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.)

auf den Erwerb bereits nuntiirter Güter ausgeſchloſſen wird [62]), wenn ſchon die meiſten neueren Rechtsgelehrten, mit Ausnahme Schmidt's, ſie nur auf den zuerſt genannten Fall beſchränken [63]). Die Friſt wird nach den Regeln der continua tempora berechnet [64]), und läuft von dem Zeitpunkte an, wo es gewiß wird, daß zu der Erbſchaft weder ein civiler noch ein prätoriſcher Erbe vorhanden ſei, d. h. von dem Zeitpunkte an, wo die Deſtitution des Teſtamentes vollendet, die Inteſtaterbfolge von allen Berechtigten ausgeſchlagen worden und die zur Erbittung der bonorum possessio vorgeſchriebenen Friſten abgelaufen ſind [65]). Sie wirkt nur gegen die hereditatis petitio des Fiscus, und kommt daher nur denen zu, welche das erbloſe Gut pro herede oder pro possessore beſitzen [66]). Wer etwas durch einen ſingulären Erwerb, z. B. durch Kauf, aus dem vacanten Nachlaſſe erworben hat, bedarf der gewöhnlichen Eigenthumserſitzung, daher eines iusta causa und bona fide gemachten Erwerbes und des Ablaufes von je drei, zehn und zwanzig Jahren [67]); vorausgeſetzt indeß, daß dieſe Güter dem Fiscus noch nicht angezeigt worden ſind [68]). Auf den, welcher eine Erbſchaftsſache eigenmächtig, wenn ſchon ohne den Fehler der Gewalt oder Heimlichkeit, in Beſitz genommen hat, kann dieſe Eigenthumsverjährung ſchon deßhalb nicht bezogen werden, weil er Beſitzer im böſen Glauben iſt [69]).

Aus dem Geſagten entſcheidet ſich auch die Controverſe, welchem Fiscus die in verſchiedenen Territorien belegenen Vacantia gebühren. Denn da die Berechtigung des Fiscus auf ſolche Güter in dem Weſen der Univerſalſucceſſion beruht, ſo kann ſie nur dem Fiscus des Wohnortes deferirt werden, und die Beſchaffenheit der einzelnen vacanten Sachen, ob ſie beweglich ſind oder nicht, dabei unmöglich in Betracht kommen [70]), obſchon manche neuere Rechtsgelehrten zwiſchen dieſen einen Unterſchied machen und die beweglichen dem Fiscus des Wohnortes, die unbeweglichen dem Fiscus des Territorium, in welchem ſie gelegen ſind, zugeſprochen wiſſen wollen, und noch andere behaupten, daß jeder Fiscus die in ſeinem Lande befindlichen Güter, ohne Unterſchied, ob ſie bewegliche oder unbewegliche ſind, einzuziehen befugt ſei [71]).

---

62) Darauf deutet nicht allein der Ausdruck vacantium bonorum nuntiationem quadriennio finiri in L. 1. §. 2. D. 49. 14., ſondern auch beſonders a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse in L. 1. C. 10. 37. Vergl. L. 1. §. 5. D. 49. 14. L. 10. pr. D. 44. 3. Vgl. Schmidt l. c. p. 88—90.

63) S. Finestres Hermogenianus p. 947. Weſtphal, Arten von Sachen, §. 755. Glück, Inteſtaterbfolge, §. 210.

64) L. 1. C. 10. 37.

65) L. 1. §. 2. D. 49. 14. L. 10. §. 1. D. 44. 3.

66) L. 6. §. 7. D. si quis omissa causa testamenti. (29. 4.)

67) §. 9. J. de usucapionibus. (2. 6.) L. 18. D. de usurpat. (41. 3.) Vgl. L. 37. §. 1. u. L. 38. D. ibid.

68) §. 9. J. 2. 6. L. 18. D. 41. 3.

69) L. 37. §. 1. L. 38. D. 41. 3.

70) Vgl. Glück, Inteſtaterbfolge, §. 208, und Schröter a. a. O. Th. 10, S. 138.

71) Vgl. die Literatur dieſer Controverſe bei Glück a. a. O. S. 770.

Schlägt der Fiſcus die Vacantia aus, ſo tritt ſeit Marc Aurel zunächſt die addictio libertatum conservandarum ein. Sonſt werden die Gläubiger in die Güter mittirt und dieſe werden zur Befriedigung derſelben verkauft. Da die Addiction jetzt wegfällt, ſo iſt bei uns über die ausgeſchlagenen Vacantia immer das gewöhnliche Concursverfahren zu eröffnen.

Heimbach.

Erbſchaftstheilung[1]. Das Verhältniß mehrerer civiler Miterben unter einander hatte ſchon das Zwölftafelgeſetz einer genaueren Beſtimmung für werth erachtet[2]. Nach demſelben ſollten die Außenſtände der Erbſchaft unter denſelben nach Verhältniß ihres Erbantheiles ohne weiteres (ipso iure) getheilt ſein[3]; ein Gleiches geſchah mit den auf der Erbſchaft ruhenden Schulden[4], ſo daß die Erbſchaftsgläubiger nicht Einen von den Miterben allein, ſondern jeden derſelben nach Verhältniß ſeines Erbtheiles ihrer Forderung halber zu verklagen hatten. Auch für die Auseinanderſetzung der Miterben unter einander in Betreff der zur gemeinſchaftlichen Erbſchaft gehörigen Sachen hat daſſelbe Geſetz eine beſondere Klage eingeführt[5], welche in der Kunſtſprache der römiſchen Juriſten ſchon zu Cicero's Zeiten[6] familiae herciscundae heißt und die Aufhebung der erblichen Gemeinſchaft durch die Theilung der übrigen Erbſchaftsſachen zum Gegenſtande hat[7]. Dieſe Klage ward ſpäter durch das prätoriſche Edict und die Doctrin weiter ausgebildet und in ihrem Umfange genauer beſtimmt, daher ſich die im Juſtinianiſchen Rechte vorgetragenen Regeln über Erbſchaftstheilung unmittelbar aus derſelben entwickelt haben. Man unterſcheidet in der Kunſtſprache der heutigen Rechtsgelehrten die gerichtliche und außergerichtliche Erbtheilung. Jene iſt eine ſolche, welche in Folge der Anſtellung der Erbtheilungsklage durch ein förmliches Urtheil des Richters geſchieht; jede andere iſt für eine au-

---

1) Literatur: Voet, de familia erciscunda liber singularis. Colon. 1615. Strecker, diss. de actione familiae erciscundae. Erford. 1739. Weſtphal, Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtniſſen und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793, 8. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 11, S. 1—118.

2) Vgl. Dirkſen, Zwölftafelfragmente, S. 389—397.

3) L. 6. C. familiae herciscundae. (3. 36.) L. 1. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 25. §. 9 u. 13. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 2. C. si unus ex pluribus hered. (8. 32.)

4) L. 1. C. si certum petatur. (4. 2.) L. 10. C. de iure deliberandi. (6. 30.) L. 26. C. de pactis. (2. 3.) L. 7. C. de hereditariis actionibus. (4. 16.)

5) L. 1. pr. D. 10. 2.

6) Cic. de Orat. I. 56., pro Caec. 7. Der Name hängt mit dem uralten erctum citumque zuſammen. Erctum bedeutet ſo viel als patrimonium; citum heißt divisum. Festus de V. S. sub voce erctum, Serv. ad Virgil. Aen. VIII. vs. 642. Gell. noct. Att. lib. 1. cap. 9. Bei Cic. de Orat. I. 56. ſteht auch erctum cieri. Vgl. Salmasius exerc. Plin. ad Solinum p. 891.

7) L. 7. D. si pars hered. (5. 4.) L. 25. §. 1. D. 10. 2. L. 51. §. 1. D. eodem.

ßergerichtliche zu halten. Den römiſchen Rechtsquellen iſt die letztere nicht unbekannt, und es konnte zum Behufe derſelben ſogar ein arbiter von den Erben zugezogen werden [8]). Doch wird dadurch die Erbtheilungsklage nicht ausgeſchloſſen [9]), auch den Rechten der Erbſchaftsgläubiger gegen die einzelnen Miterben in keiner Weiſe präjudicirt [10]). Eine ſolche Erbtheilung kann auch in den teſtamentariſchen Verfügungen des Erblaſſers ihren Grund haben, welche dann, wenn es zur Theilungsklage kommt, der Theilungsrichter in Obacht zu nehmen hat. Demnach kann der Erblaſſer einen Erben im Teſtamente giltiger Weiſe auf beſtimmte Sachen beſchränken [11]), einzelne Erbſchaftsſachen einzelnen von den Miterben zutheilen und andere unvertheilt laſſen [12]), gewiſſe Activa und Paſſiva einzelnen Erben zuſchreiben [13]), wodurch allerdings das rechtliche Verhältniß der Erben zu den Gläubigern und Schuldnern der Erbſchaft in keiner Weiſe geändert, wohl aber das Verhältniß der Miterben in der Maße regulirt wird, daß dieſe (unter Abzug der Falcidiſchen Quart) die Verfügungen des Erblaſſers anzuerkennen ſchuldig ſind. Eine Anwendung dieſer Grundſätze auf die Inteſtaterbfolge iſt die ſogenannte divisio parentum inter liberos [14]), wovon ſich die erſten Spuren in einer Conſtitution der Kaiſer Diocletian und Maximian vorfinden [15]). Die Erforderniſſe derſelben ſind durch ſpätere Verordnungen Conſtantin's [16]) und Juſtinian's [17]) dahin genauer beſtimmt worden, daß ſie nur von den Eltern, welche ihre nächſten zur Inteſtaterbfolge berechtigten Deſcendenten berückſichtigen, errichtet werden könne, daß ſie ſchriftlich errichtet werde, daß der Erblaſſer darin Alles klar und deutlich ausſpreche, d. h. nicht allein die zu vertheilenden Sachen, ſondern auch die Perſonen, unter welche ſie vertheilt werden, genau bezeichne, und daß er dieſe Urkunde entweder ſelbſt unterſchreibe oder von allen Kindern unterſchreiben laſſe. Fehlt im letztgenannten Falle auch nur die Unterſchrift eines einzigen Kindes, ſo iſt die Urkunde ungiltig [18]). Dabei verſteht es ſich freilich von ſelbſt, daß die Erbſachen vom Erblaſſer auch ungleich vertheilt werden können, natürlich mit Vorbehalt des Anſpruches auf den Pflicht-

---

8) L. 57. D. 10. 2.
9) L. 1. C. familiae erciscundae. (3. 36.)
10) L. 26. C. de pactis. (2. 3.) L. 23. C. 3. 36.
11) L. 35. pr. §. 1. D. de heredibus instituendis. (28. 5.) L. 78. pr. D. ibid. L. 13. C. de heredibus instituendis. (6. 24.)
12) L. 21. C. 3. 36. L. 10. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.)
13) L. 1. C. de except. (8. 36.) L. 20. §. 3. D. 10. 2. L. 69. §. 2. D. de legatis I. (30.)
14) Literatur: Wildvogel, comm. de divisione parentum inter liberos. Jenae 1748. Schröder, de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus (Jenae 1819), §. 19. Euler, comm. de testamento et divisione parentum inter liberos (Berol. 1820), §. 79 sq.
15) L. 16. C. 3. 36. Vergl. Fritz, Entwickelung der Lehre des Teſtamentes der Eltern unter Kindern (Gießen 1822), S. 19.
16) L. 26. C. 3. 36.
17) Nov. 18. cap. 7. und Nov. 117. cap. 3.
18) Nov. 18. c. 7.

theil [19]), bei deſſen Verletzung die gewöhnlichen Klagen gegen die Miterben eintreten werden. Im Uebrigen wird Alles nach den Regeln der Inteſtaterbfolge geordnet [20]), und falls es zur gerichtlichen Erbtheilung kommen ſollte, der Theilungsrichter angewieſen, die Beſtimmungen der Diviſion pünktlich in Obacht zu nehmen [21]). Eine derartige Urkunde wird ungiltig, wenn der Parens eine capitis deminutio erleidet, oder die Urkunde durchſtreicht oder ſonſt vernichtet, endlich auch dadurch, daß derſelbe eine andere Theilungsurkunde ſpäterhin errichtet [22]). Um ſo mehr muß ein ſpäter errichtetes Teſtament dieſelbe vernichten, da dieſes die Inteſtaterbfolge, alſo die Vorausſetzung, ohne welche eine ſolche Theilungsurkunde nicht gedacht werden kann, ausſchließt. — Was aber zweitens die gerichtliche Erbtheilung anbelangt, ſo kann das Weſen derſelben erſt richtig verſtanden werden, wenn man auf die Eigenthümlichkeiten der civilen familiae herciscundae actio zurückgeht. Dieſe iſt höchſt wahrſcheinlich eine actio arbitraria, wie nicht allein das Zeugniß des Cicero [23]), ſondern auch die der Pandektenjuriſten [24]) und Kaiſer [25]) erweiſen, welche den Theilungsrichter gewöhnlich arbiter nennen; auch hier tritt hierzu noch der Umſtand, daß gerade in Bezug auf dieſe Klage von einem iussus iudicis die Rede iſt [26]), welcher bekanntlich nur den arbitrariae actiones eigenthümlich iſt (ſ. den Art. actio). Die Formula der Klage enthielt zur Zeit der claſſiſchen Juriſten ebenfalls die adiudicatio [27]), wodurch dem Theilungsrichter die Befugniß ertheilt wurde, das Eigenthum einzelner Erbſchaftsſachen einer von den Parteien durch ſein Urtheil zuzuſprechen [28]). Auch muß dieſe Formula die Worte ex fide bona enthalten haben, da die Klage zu den bonae fidei iudicia gezählt wird [29]). Endlich bedarf es noch einer Erwähnung, daß ſie von den römiſchen Juriſten zu den iudicia duplicia gezählt wird [30]). Die Vorausſetzungen, unter welchen die Klage ſtattfindet, ſind folgende. 1) Der Kläger muß Erbrecht haben, einerlei, ob daſſelbe auf der civilrechtlichen Teſtaments- oder Inteſtaterbfolge beruht [31]). Auch bei prätoriſchen Succeſſionen auf den Todesfall, bei der bonorum possessio, der Reſtitution eines Univerſalfideicommiſſes aus dem Trebellianiſchen Senatsbeſchluſſe findet die Klage ſtatt [32]), dann aber nur als utilis actio [33]); ingleichen

19) Vgl. Euler l. c. §. 84. p. 90—93.
20) L. 26. C. 3. 36. Nov. 18. c. 7.
21) L. 15. C. 3. 36. Nov. 18. c. 7.
22) Vgl. Euler l. c. §. 89. p. 95 sq.
23) Pro Caecina cap. 7.
24) L. 30. D. 10. 2. L. 47. pr. L. 52. §. 2. L. 57. D. ibid.
25) L. 18. C. 3. 36. L. 21. C. ibid.
26) L. 7. D. si pars hereditatis. (5. 4.)
27) Caius, inst. IV. §. 42. Ulp. fr. 19. 16.
28) Anwendungen in L. 12. §. 2. D. 10. 2. L. 22. §. 1. L. 44. §. 1. L. 47. L. 52. §. 2.
29) L. 9. C. 3. 36. §. 28. J. de actionibus. (4. 6.)
30) L. 44. §. 4. D. 10. 2. L. 2. §. 3. D. ibid. L. 2. §. 1. D. communi dividundo. (10. 3.)
31) L. 2. §. 1. D. 10. 2.
32) L. 24. §. 1. D. 10. 2.
33) L. 40. D. 10. 2.

bei der Einforderung der einem arrogirten Unmündigen gebührenden Quart [34]). 2) Dieß Erbrecht muß von dem Beklagten bereits anerkannt worden ſein. Fehlt dieß Erforderniß, ſo iſt zu unterſcheiden, ob der Kläger nach ſeinem Erbantheile Beſitzer der Erbſchaft iſt oder nicht. Im erſten Falle ſteht ihm die exceptio praeiudicialis zur Seite, im letzten wird der Präjudicialpunkt des Erbrechtes in demſelben Prozeſſe als Incidentpunkt behandelt, welcher zwar zunächſt ausgemacht werden muß, nächſtdem aber ſogleich zur Entſcheidung der Erbtheilungsſache geſchritten werden kann [35]). 3) Der Beklagte muß Miterbe des Klägers ſein [36]). In der Anſtellung der Klage liegt demnach ein Anerkenntniß des gegneriſchen Miterbrechtes von Seiten des Klägers [37]). Um dieß Präjudiz zu vermeiden, ſteht es demnach einem Jeden frei, ſein theilweiſes Erbrecht mit der partiaria hereditatis petitio geltend zu machen, und dieſe Klage iſt ſogar in manchen Fällen vorzuziehen, weil ſie auch auf die Außenſtände der Erbſchaft gerichtet werden kann [38]). 4) Den Parteien muß ihr Erbrecht an einer und derſelben Erbſchaft zuſtehen; daher ſie wegfällt, wenn Jemand den Einen für ſein caſtrenſiſches Gut, den Anderen für den Ueberreſt ſeiner Güter zu Erben ernannt hat [39]). 5) Die Erbſchaft muß nicht in bloßen Außenſtänden beſtehen [40]). Dieß Erforderniß ergibt ſich aus der Natur der Klage, welche nur die Theilung ſolcher Sachen bezweckt, die nicht bereits durch das Geſetz unter die Miterben vertheilt ſind. 6) Wer die Erbtheilungsklage anſtellen will, muß die freie Verfügung über ſein Vermögen haben; denn die Erbtheilung enthält in ſich eine Art von Veräußerung des Miteigenthums am Ganzen gegen einen abgeſonderten Theil [41]). Daher kann, wer unter Vormundſchaft ſteht, nicht für ſich allein auf Theilung provociren, wenigſtens nicht ohne Einwilligung ſeines Vormundes, und, wenn unbewegliche Sachen ſich in der Erbſchaft vorfinden, bedarf es ſogar des Decretes der Obrigkeit [42]). Von Seiten des Beklagten bedarf es dieſes Erforderniſſes nicht, da Jeder, welcher zur Theilung aufgefordert wird, auch gegen ſeinen Willen ſich auf die Klage einzulaſſen hat, wenn er gleich noch unmündig oder minderjährig iſt [43]). Daher bedarf es auch keines obrigkeitlichen Veräußerungsdecretes [44]), wohl aber der Einwilligung des Vormundes, im Falle der Minderjährigkeit des Beklagten, und nur wenn dieſer mit keinem Vormunde verſehen iſt, ſo muß der Kläger zugleich um die Beſtellung eines ſolchen bitten, falls der,

---

34) L. 2. §. 1. D. 10. 2.
35) L. 1. §. 1. D. 10. 2.
36) Caius, inst. IV. 42. Ulp. fr. 19. 16.
37) L. 51. §. 1. D. 10. 2. In L. 37. D. ibid. iſt demnach den Baſiliken (XLII. 3. 37. ed. Fabr. tom. V. p. 681) zufolge die Negation zu ſtreichen.
38) L. 51. §. 1. D. 10. 2. L. 7. D. si pars hereditatis. (5. 4.)
39) L. 25. §. 1. D. 10. 2.
40) L. 25. §. 1. D. 10. 2.
41) L. 7. pr. D. de rebus eorum, qui. (27. 9.)
42) Arg. L. 17. C. de praediis et aliis rebus. (5. 71.)
43) L. 43. D. 10. 2.
44) L. 7. pr. D. de rebus eorum. (27. 9.) L. 17. C. 5. 71.

welchem zunächſt die Pflicht dazu oblag, dieß unterlaſſen haben ſollte[45]. Gleichgiltig iſt aber bei der Anſtellung der Klage, ob der Kläger im Beſitz ſeines Erbantheiles ſich befindet oder nicht[46]; ob die jetzigen Parteien die einzigen Erben zu der Erbſchaft ſind oder nicht[47] (im letzteren Falle bleibt natürlich dem Berechtigten die Ausführung ſeines Erbrechtes gegen die jetzigen Parteien unbenommen)[48]; ob ferner nur eine, oder mehrere gemeinſchaftliche Erbſchaften getheilt werden ſollen (im letzteren Falle kann ſogar ein Dritter als Miterbe intereſſirt ſein)[49]; endlich ob der Prozeß eine ganze noch ungetheilte Erbſchaft, oder einen noch ungetheilten Theil derſelben oder auch nur einzelne noch zu vertheilende Stücke betrifft[50]. Die Klage geht auf Theilung des erbſchaftlichen Vermögens, ſo weit es gemeinſchaftlich iſt und auf gewiſſe Perſonalpräſtationen[51]. Was den zuerſt genannten Punkt anbetrifft, ſo kommen zur Theilung nicht allein diejenigen Stücke, welche dem Erblaſſer eigenthümlich angehören[52], ſondern auch fremde Sachen, an welchen ihm dingliche Rechte zuſtehen, z. B. emphyteuticariſche und ſuperficiariſche Grundſtücke, ja ſogar ſolche, welche von demſelben nur im guten Glauben beſeſſen werden, oder von ihm zu Vermächtniſſen beſtimmt ſind, falls das Vermächtniß von einer noch nicht erfüllten Suspenſivbedingung abhängig iſt[53]; ferner Alles, was die Erben von Erbſchaftshalber erworben haben, z. B. die Früchte und Acceſſionen der Erbſchaft, Alluvionen[54] u. ſ. w., ſelbſt dann, wenn dieſer Erwerb erſt nach dem Zeitpunkte der Litisconteſtation eingetreten iſt[55], was den Erben in Folge eines vom Erblaſſer abgeſchloſſenen Verkaufscontractes tradirt[56], oder aus einer vom Erblaſſer herrührenden Gemeinſchaft in Folge der von den Erben erhobenen Theilungsklage ihnen vom Richter eigenthümlich zugeſprochen worden iſt[57]. Auch Rechte, z. B. das Pfandrecht und der Nießbrauch, können Gegenſtand der Theilungsklage werden[58]. Ausgeſchloſſen iſt indeß Alles, deſſen Erwerb von der Willkür eines Dritten abhängt[59], oder durch ein Verbrechen des Erblaſſers ermöglicht worden iſt[60], was der Miterbe ſeinem Antheile nach bereits veräußert hat[61])

---

45) L. 2. §. 3. D. qui petant tutores. (27. 6.) L. 4. C. qui petant tutores. (5. 31.)
46) L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. D. 10. 2.
47) L. 2. §. 4. D. 10. 2.
48) L. 44. §. 2. D. 10. 2. L. 17. C. 3. 36.
49) L. 25. §. 3 u. 4. D. 10. 2.
50) L. 32. D. 10. 2. L. 1. u. 21. C. 3. 36. L. 9. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.)
51) L. 22. §. 4. D. 10. 2.
52) L. 10. D. 10. 2.
53) L. 12. §. 2. D. 10. 2.
54) L. 11. L. 12. pr. §. 1. D. 10. 2. L. 16. §. 3. D. ibid.
55) L. 12. §. 1. L. 16. §. 3. D. 10. 2.
56) L. 9. D. 10. 2.
57) L. 52. pr. D. 10, 2.
58) L. 29. D. 10. 2. L. 14. §. 1. L. 15. u. 16. pr. D. ibid.
59) L. 53. D. 10. 2.
60) L. 4. §. 2. D. 10. 2.
61) L. 54. D. 10. 2. L. 3. C. comm. divid. (3. 37.)

oder aus einem anderen, als dem erbſchaftlichen Grunde bereits erworben hat oder noch erwerben wird, z. B. wenn er eine Erbſchaftsſache titulo pro emptore oder pro donato beſitzt[62]); ferner Alles, was der Erblaſſer bereits unter die Miterben vertheilt hat[63]), was dem Rechte nach nicht im Privateigenthume ſein ſoll, wie Gifte oder verbotene Bücher (dieſe ſollen nach dem Urtheile des Richters vernichtet werden[64])), was dem Rechte nach unter den Miterben unvertheilt bleiben ſoll, wie Erbbegräbniſſe (daran bleibt jedem der Theilhaber ſein Recht im Ganzen zuſtändig)[65]), und alle die ganze Erbſchaft betreffenden Urkunden. Teſtamentsurkunden verbleiben entweder bei dem Haupterben oder werden in einem Tempel deponirt[66]); andere Documente verbleiben ebenfalls bei dem Haupterben, oder werden, wenn alle Miterben gleiche Theile haben, bei einem derſelben, welcher durch das Loos ernannt wird, oder in einem Tempel oder auch bei einem Dritten, welcher durch Compromiß erwählt wird, deponirt[67]) und, wer ſie beſitzt, bleibt immerhin verpflichtet, ſie auf Verlangen vorzuzeigen und Abſchriften davon nehmen zu laſſen. Rechte an Freigelaſſenen[68]) und die Befugniß der Erben über den gewaltſamen Tod des Erblaſſers oder der ihm zunächſt Angehörigen die Erbſchaftsſclaven peinlich zu befragen[69]), ſind ebenfalls untheilbar. Auf erbſchaftliche Außenſtände (nomina hereditaria)[70]) und Paſſivſchulden (debita hereditaria)[71]) iſt die Klage nie erſtreckt worden, da Beides ſchon nach dem Geſetze der Zwölftafeln unter die Miterben nach dem Verhältniß ihrer Erbportion ohne Weiteres getheilt war. Selbſt bei Obligationen, deren Gegenſtand ein untheilbares Recht war, machte man keine Ausnahme; denn obſchon auf dieſelben die Vorſchrift des Zwölftafelgeſetzes keine Anwendung litt, ſo half man ſich doch dadurch, daß man die Klage einem jeden der Erben auf das Ganze verſtattete, und dann, wenn es zur Condemnation kam, die Condemnationsſumme auf ſeinen Erbantheil beſchränkte[72]). Doch betrifft der Ausſchluß der Erbſchaftsactiva und Paſſiva nur das Verhältniß der Miterben gegen Dritte, nicht aber das der Miterben unter einander; denn in dieſer Beziehung kann der Theilungsrichter allerdings Beides Einem von den Miterben ganz oder zum Theile zuweiſen, wodurch natürlich aber ihr Verhältniß gegen Dritte nicht verändert wird[73]). Was die einzelnen Miterben aus der Erbmaſſe beſitzen, müſſen dieſelben

62) L. 25. §. 7 u. 8. D. 10. 2. L. 45. pr. D. ibid.
63) L. 32. D. 10. 2. L. 10. u. 21. C. 3. 36.
64) L. 4. §. 1. D. 10. 2.
65) L. 30. D. 10. 2. L. 4. C. de religiosis. (3. 44.)
66) L. 4. §. 3. D. 10. 2.
67) L. 5. u. 6. D. 10. 2.
68) L. 24. D. de iure patronatus. (38. 14.) L. 41. D. 10. 2.
69) L. 18. §. 1. D. 10. 2.
70) L. 6. C. 3. 36. L. 1. C. 8. 36. L. 2. C. 8. 32. L. 25. §. 1, 9, 10. D. 10. 2. L. 2. §. 5. D. ibid. L. 51. §. 1. D. ibid.
71) L. 1. C. 4. 2. L. 10. C. 6. 30. L. 26. C. 2. 3. L. 7. C. 4. 16. L. 23. C. 3. 36. L. 40. §. 2. D. de pactis. (2. 14.)
72) L. 25. §. 9. D. 10. 2.
73) L. 3. D. 10. 2.

einliefern[74]), und zwar in der heutigen Praxis nach einem von ihnen zu errichtenden Inventar; wer collationspflichtig iſt, hat auch die zu conferirenden Gegenſtände an die Erbmaſſe zu überantworten[75]); dann wird die Erbmaſſe im Ganzen zum Behufe der Theilung zu Gelde angeſchlagen[76]), freilich nach Verabzugung gewiſſer Gegenſtände, welche einzelnen Miterben definitiv verbleiben. Dahin gehören alle Einzelſachen, welche vom Erblaſſer als zum Erbtheile des Einen gehörig bezeichnet worden ſind[77]), oder ſolche, worauf der Erblaſſer den Erbtheil einzelner Erben beſchränkt hat[78]) (doch bedarf es hier zur Beſtätigung im Einzelnen noch der Adjudication[79])); in Abzug kommen ferner alle Prälegate[80]), und zwar in der Maße, daß die zu ſolchen Legaten beſtimmten Sachen auch von jedem auf ihnen ruhenden dinglichen Rechte befreit werden müſſen[81]); verabzugt werden ferner Schenkungen, welche der Parens an das in ſeiner väterlichen Gewalt befindliche Kind gemacht und nicht widerrufen hat[82]), freilich, wenn ſie nicht inſinuirt ſind, nur inſoweit, als ſie das geſetzliche Maß nicht überſteigen[83]); auch erhält der in der väterlichen Gewalt des Erblaſſers befindliche Sohn das Heurathsgut ſeiner Frau und ſeiner Schwiegertochter im Voraus[84]), und zwar ganz, wenn es dem Erblaſſer übergeben worden iſt, während dann, wenn die Uebergabe an den Sohn geſchah, die Präception ſich nur auf ſo viel erſtreckt, als davon in den Nutzen des Erblaſſers verwendet worden iſt, oder wie weit das Sondergut des Empfängers reicht; endlich ſoll nach einer ſpeciellen Sanction Juſtinian's[85]) das, was der Erblaſſer aus einer für ſeine Kinder beſtellten dos oder donatio propter nuptias durch Rückfall gewonnen, dieſen immer bei ſeinem Tode als praecipuum zufallen, wenn in ſeinem Teſtamente fremde Perſonen zu Erben ernannt ſind: falls aber eigene Kinder zu Erben eingeſetzt ſind, ſollen die zuerſt genannten Perſonen nur ſo viel als Präcipuum erhalten, als die im Teſtamente eingeſetzten Kinder einer ihnen beſtellten dos oder ante nuptias donatio oder käuflichen militia halber aus dem Vermögen des Erblaſſers erhalten ha-

---

74) L. 3. C. 3. 36.

75) L. 1. pr. D. de dotis collatione. (37. 7.)

76) L. 25. §. 20. D. 10. 2.

77) L. 3. C. de heredibus instituendis. (6. 24.) L. 35. pr. u. §. 1. D. 28. 5. L. 78. D. ibid. In Betreff ſolcher Sachen gelten nämlich die Erben als Legatare, daher hier auch der Abzug der Falcidiſchen Quart vorkommen kann. L. 78. pr. L. 35. §. 1. D. 28. 5.

78) L. 35. pr. §. 1. D. 28. 5. L. 78. D. ibid.

79) L. 21. C. 3. 36.

80) L. 4. pr. D. 10. 2. L. 25. §. 22. L. 26. 28. 42. D. ibid. L. 7. C. 3. 36.

81) L. 28. u. 33. D. 10. 2.

82) L. 3. Greg. Cod. familiae hercisc. (3. 6.) L. 11. C. de donationibus. (8. 54.) L. 25. C. de donationibus inter virum. (5. 16.)

83) Freilich ſteht L. 13. C. de collationibus (6. 20.) entgegen, worüber Cuiac. obs. III. 30. nachgeleſen werden kann.

84) L. 20. §. 2. D. 10. 2. L. 51. pr. D. ibid. L. 2. C. 3. 36. Vgl. L. 47. pr. D. 10. 2.

85) L. 12. C. 3. 39.

ben, ſo daß der Ueberſchuß als Theil des väterlichen Vermögens betrachtet und unter die Teſtamentserben nach Verhältniß ihrer Erbportionen vertheilt wird. Für die Art und Weiſe der Erbtheilung finden ſich in den römiſchen Rechtsquellen nicht viel ſpecielle Vorſchriften vor. Sie iſt demnach im Allgemeinen wohl ganz dem Urtheile des Richters zu überlaſſen. Doch hat derſelbe zu beachten, daß von allen vorhandenen Erbſchaftsſachen keine einzige ungetheilt bleibt [86]), da die Klage nur einmal angeſtellt werden kann [87]); doch hilft man, wenn einige Erbſchaftsſachen ungetheilt verblieben, mit der actio communi dividundo aus [88]). Iſt die Theilung der Sachen im Einzelnen mit viel Schwierigkeit verknüpft, ſo kann der Theilungsrichter die ganzen Erbſchaftsſachen dem Einen adjudiciren und ihn zugleich auf Geldentſchädigung für den anderen Theil condemniren [89]); ſonſt kann er auch die Erbſchaftsſachen zum Behuf der Adjudication in natürliche Theile zerlegen [90]), oder ihnen eine Servitut auferlegen, vorausgeſetzt, daß dieſe Beſchränkung im Momente der Adjudication ſelbſt ausgedrückt werde [91]), und daß, wenn eine Prädialſervitut auferlegt wird, dieß nur zu Gunſten eines zur Erbſchaft gehörigen Grundſtückes geſchieht [92]). Auch iſt es die Pflicht des Theilungsrichters bei der Adjudication wegen der früher der Sache halber erhobenen Klagen, der Vergütung der auf ſie verwendeten Unkoſten und der Eviction halber Cautionen aufzuerlegen [93]); ja dieſe Cautionen verſtehen ſich in dem zuletzt genannten Falle, wenn ſie vom Richter vergeſſen worden ſind, von ſelbſt, ſo daß die der Eviction unterliegende Partei mit der actio praescriptis verbis die Miterben zum Schadenerſatze zwingen kann [94]). Denn durch die Adjudication wird ein dauerndes, definitives Verhältniß gegründet, welches der Prätor durch Verleihung beſonderer Klagen und Einreden ſchützt [95]). — Was aber die Perſonalpräſtationen angeht, welche ebenfalls Gegenſtand der Theilungsklage ſein können, ſo gehört hierher zunächſt die Vergütung alles Schadens, welchen der Miterbe durch poſitive und negative Handlungen verurſacht hat, was man nach den Grundſätzen der diligentia, quam suis rebus adhibere solet zu beurtheilen hat [96]), vorausgeſetzt, daß der Schaden bereits nach der Erwerbung der Erbſchaft von Seiten des Beſchädigers und im Bewußtſein dieſer Erwerbung geſchehen iſt (für andere Fälle helfen die gewöhnlichen Schädenklagen aus) [97]); ferner die

---

86) L. 25. §. 20. D. 10. 2.
87) L. 20. §. 4. D. 10. 2.
88) L. 20. §. 4. D. 10. 2.
89) L. 55. D. 10. 2.
90) L. 22. §. 2. D. 10. 2. L. 16. §. 1. D. ibid.
91) L. 22. §. 3. D. 10. 2.
92) L. 18. D. comm. div. (10. 3.)
93) L. 25. §. 21. D. 10. 2. L. 47. pr. D. ibid.
94) L. 14. C. 3. 36. Vergl. L. 7. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.)
95) L. 44. §. 1. D. 10. 2.
96) L. 16. §. 4 u. 5. D. 10. 2. L. 25. §. 16 u. 18. D. ibid. L. 19. C. 3. 36. Vgl. L. 45. §. 1. D. 10. 2.
97) L. 16. §. 4. D. 10. 2.

Vergütung aller Nutzungen, welche der Miterbe aus Erbſchaftsſachen gezogen [98]), der Acceſſionen [99]) und alles deſſen, was ein Miterbe in Rückſicht der Erbſchaftsſachen durch Stipulation gewonnen hat [100]) nach Verhältniß ſeines Erbtheiles, vorausgeſetzt auch hier, daß der, welcher den Erwerb gemacht hat, dieß im vollen Bewußtſein ſeines Erbrechtes, und deſſen, daß die fragliche Sache zur Erbſchaft gehöre, gethan habe [101]); außerdem der Erſatz alles und jeden Schadens, welchen der Eine von den Miterben aus einer zur Erbſchaft gehörigen Sache ohne ſeine Schuld erlitten hat [102]); endlich die Vergütung aller Unkoſten und Auslagen, welche einer von den Theilnehmern auf die Erbſchaftsſachen gemacht hat, ſammt den Zinſen derſelben von dem Augenblicke des Verzuges an gerechnet [103]) nach Verhältniß der Erbportionen, vorausgeſetzt, daß ſie vom Erben im Bewußtſein ſeines Erbrechtes [104]) und bona fide [105]), und animo heredis [106]), d. h. in der Abſicht, etwas als Erbe für die Erbſchaft im Ganzen zu thun, gemacht worden ſind. Dahin gehört z. B. die Bezahlung von Schulden, welche die Erbſchaft anzuerkennen hat [107]), die Anſtellung der allen Erben zuſammen zuſtehenden und denſelben gewiſſermaßen obliegenden Klage wegen gewaltſamen Todes des Erblaſſers [108]), die Vertheidigung eines Erbſchaftsſclaven in einer Noxalklage in Verbindung mit deſſen Auslöſung [109]), kurz Alles, was von einem Miterben äußerer Nothwendigkeit halber in Rückſicht der Erbſchaft vorgenommen wird, und ſeiner Natur nach keine Theilung der Handlung zuläßt [110]). In anderen Fällen hilft man mit der actio negotiorum gestorum aus [111]). Wegen der impensae voluptuariae ſteht keine Klage, nur ein ius tollendi zu.

Da durch die Erbtheilung ein definitives Verhältniß hergeſtellt wird, verſteht es ſich von ſelbſt, daß dieſelbe in der Regel nicht wegen Verletzung der einen Partei angefochten werden kann. In Betreff der gerichtlichen Theilung erhellt dieß ſchon aus der Natur der Rechtskraft eines richterlichen Urtheiles, welches bekanntlich ſchon an ſich die indebiti con-

---

98) L. 19. D. 10. 2. L. 56. D. ibid. L. 9. C. 3. 36.

99) L. 22. D. 10. 2.

100) L. 19. D. 10. 2.

101) L. 44. §. 3. D. 10. 2.

102) L. 16. §. 6. D. 10. 2. vergl. mit L. 44. §. 5. D. 10. 2. L. 203. D. de R. I. (50. 17.)

103) L. 18. §. 3. D. 10. 2. L. 18. §. 1. C. 3. 36. L. 3. C. de neg. gestis. (2. 19.) L. 18. §. 6 u. 7. D. 10. 2. L. 25. §. 15. L. 31. D. ibidem.

104) L. 49. D. 10. 2.

105) L. 18. §. 3. D. 10. 2. L. 16. §. 1. C. 3. 36.

106) L. 49. D. 10. 2.

107) L. 18. §. 5. L. 20. §. 1, 6, 7. D. 10. 2. L. 13. C. 3. 36. L. 78. §. 2. D. de contrah. empt. vendit. (18. 1.)

108) L. 39. pr. D. 10. 2.

109) L. 25. §. 15. D. 10. 2.

110) L. 25. §. 15. D. 10. 2. L. 18. §. 6. L. 44. §. 8. D. ibid.

111) L. 18. §. 1. C. 3. 36. L. 3. C. de negotiis gestis. (2. 19.)

dictio ausſchließt[112]). Bei außergerichtlichen Theilungen, welche auf den Grundſätzen der Verträge beruhen, iſt zwar eine Umſtoßung in der Regel ebenfalls nicht denkbar[113]); doch kann ſie wohl aus den nämlichen Gründen, wie alle anderen Verträge angefochten werden, nämlich wegen Argliſt und Betrug des Gegners, und wenn ſie weſentlichen Irrthums halber ungleich ausgefallen iſt[114]). Heimbach.

112) L. 1. C. de condictione indebiti (4. 5.), vergl. mit L. 36. D. 10. 2.
113) L. 3. C. 3. 38.
114) Consult. vet. iurecons. §. 2. L. 3. C. Just. 3. 38.

Druck von B. G. Teubner in Leipzig.

Weiske, Julius, 1801-1877

Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft

Bd.: 3

Leipzig 1841

Jur.is. 213 e-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10740970-2